

LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA *PER SE* EN EL DERECHO COLOMBIANO

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., septiembre de 2017



LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA *PER SE* EN EL DERECHO COLOMBIANO

THE RULE OF REASON AND THE PER SE RULE IN COLOMBIAN LAW SYSTEM

Alfonso Miranda Londoño***

RESUMEN

El alcance, la interpretación y la aplicación que se le ha dado a la Regla de la Razón y a la Regla *Per se* en los acuerdos verticales en Colombia, se ha caracterizado por su ambigüedad, vaguedad e imprecisión. Lo anterior ha generado una amplia inseguridad jurídica tanto en los participantes del mercado como en los abogados litigantes e incluso, a los académicos y doctrinantes. El presente escrito pretende revisar la Regla de la Razón y la Regla *Per se*, tanto en el origen como en la aplicación, para después entrar a analizar el problema en la evolución e interpretación de estas dos reglas, tomando como referencia el caso de los Estados Unidos. Es necesario promover un cambio en la legislación e interpretación de dicha práctica, con el fin de dar claridad frente a los casos en los cuales las conductas verticales de precios pueden llegar a ser pro competitivas y por lo tanto, no restrictivas de la libre competencia.

Palabras clave: Acto, Acuerdo; Anticompetitivo; Pro competitivo; Restricción Vertical; Regla *Per Se*; Regla de la Razón; Competencia inter marca; Competencia intra marca; Eficiencia; Inseguridad Jurídica.

ABSTRACT

***El doctor Alfonso Miranda Londoño es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho Financiero de la Universidad de los Andes y Magíster en derecho (LL.M) de la Universidad de Cornell (Estados Unidos). Desde el año de 1989 inició su práctica profesional en Colombia, la cual se ha desarrollado principalmente en el área del derecho de la competencia. Es profesor de derecho de la competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidad Javeriana, desde 1994, profesor de derecho de la competencia a nivel de posgrado en la Universidad Externado y otras y conferencista en temas de derecho de la competencia a nivel nacional e internacional. El doctor Miranda es miembro fundador y Director desde su creación, del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Así mismo se desempeñó como *Non Governmental Advisor - NGA* por Colombia, ante el *International Competition Network - ICN*, entre 2012 y 2016.

Calle 72 No. 6-30, piso 12. **PBX (57-1) 312-2900. Fax. (57-1) 310-4715.**

Bogotá D.C., Colombia. amirandal62@mac.com

The scope, interpretation and application of Rule of Reason and Rule *Per se* in Colombia, has been characterized by its ambiguity, vagueness and imprecision. This situation has generated a broad legal uncertainty to the market participants, lawyers and even academics. This paper aims to review the origin and application of Rule of Reason and *Per se* Rule, so that we can analyze the problem in the evolution and interpretation of these two rules, taking as a reference the case of the United States. It is necessary to promote a legislation and interpretation change, in order to give the necessary confidence related to the cases in which these vertical conducts can be considered pro competitive and therefore, non restrictive.

Key words: Act; Agreement; Anticompetitive; Procompetitive; Vertical Restraint; *Per Se* Rule; Rule of Reason; Inter Brand Competition; Intra Brand Competition; Efficiency; Legal certainty

INDICE

INDICE	4
LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA <i>PER SE</i> EN EL DERECHO COLOMBIANO	5
1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. LA REGLA DE LA RAZÓN.....	7
2.1 ORIGEN DE LA <i>REGLA DE LA RAZÓN</i>	7
2.2 APLICACIÓN DE LA <i>REGLA DE LA RAZÓN</i> EN COLOMBIA	8
3. LA REGLA <i>PER SE</i>	10
3.1 ORIGEN DE LA <i>REGLA PER SE</i>	10
3.2 APLICACIÓN DE LA <i>REGLA PER SE</i> EN COLOMBIA.....	11
4. EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA <i>REGLA DE LA RAZÓN</i> Y DE LA <i>REGLA PER SE</i>	13
4.1 EVOLUCIÓN DEL ANÁLISIS DE LAS RESTRICCIONES VERTICALES EN USA	14
4.1.1 Primera Etapa. Ilegalidad <i>Per Se</i>	14
4.1.2 Segunda Etapa. El Caso de GTE Sylvania.	17
4.2 EL CASO COLOMBIANO	20
4.2.1 Resolución No. 48092 del 13 de agosto de 2012 (Caso Televisores).....	21
4.2.2 Resolución No. 40598 del 27 de junio de 2014 (Caso <i>Terpel</i>).....	23
4.2.3 Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015 (Caso <i>Molinos Roa y Florhuila</i>).....	26
5. CONCLUSIONES.....	26
6. BIBLIOGRAFÍA.....	29

LA REGLA DE LA RAZÓN Y LA REGLA *PER SE* EN EL DERECHO COLOMBIANO

1. INTRODUCCIÓN

Agradezco la oportunidad que me brinda la Universidad Externado de Colombia de participar en el evento sobre “*REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA*” que se refirió a la discusión que existe en Colombia sobre la aplicación de los sistemas de interpretación comúnmente conocidos como la *Regla de la Razón* y la *Regla Per Se*. Sobre este tema he tenido la oportunidad de reflexionar numerosas veces a lo largo de más de 25 años, por lo que en el presente documento he procurado unir y actualizar los comentarios que he desarrollado en los artículos que se incluyen en la bibliografía de este documento, por lo tanto, considero pertinente advertirle al lector que muchas de las citas y comentarios han aparecido antes en documentos de mi autoría a lo largo de más de dos décadas. Especial mención debo hacer al documento recientemente publicado junto con el doctor Gabriel Ibarra Pardo, titulado “*EL ESTADO ACTUAL DE LA PRÁCTICA DE FIJACIÓN VERTICAL DE PRECIOS EN COLOMBIA*”¹ en el cual se apoya el documento a partir del punto 4.

En el presente artículo se explican las razones por las cuales, desde la expedición del Decreto 2153 de 1992 (en adelante el Decreto 2153) en Colombia, se han aplicado dos sistemas fundamentales de análisis, que, siguiendo el Derecho de la Competencia Norteamericano, podríamos llamar, el sistema de la *Regla de la Razón* y el sistema de la *Regla de Ilegalidad Per Se*. Así mismo se explicarán la forma en la cual, en los últimos tiempos la doctrina de la Autoridad Nacional de la Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), ha desdibujado el sistema de *Regla Per Se*, lo cual resulta en un detrimento de la seguridad jurídica en el Derecho de la Competencia en Colombia.

Estos sistemas de análisis nacieron en los Estados Unidos, en donde la Sección Primera de la Ley Sherman (1890), contiene una prohibición general contra todas las prácticas restrictivas de la competencia, con lo cual podría pensarse que muchas conductas o actos jurídicos son anticompetitivos, por lo cual ha sido la labor de la Corte Suprema de Justicia, la de decantar las líneas jurisprudenciales, en un sistema jurídico consuetudinario, basado en la autoridad del precedente legal, “*stare decisis*”.

¹ Alfonso Miranda Londoño, Gabriel Ibarra Pardo (2016) “El estado actual de la práctica de Fijación VERTICAL de Precios en Colombia.” Revista CEDEC XVI, 2016.

Fue así como se desarrolló el sistema de la Regla de la Razón, el cual sirve para analizar todas aquellas conductas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio del mercado relevante, la naturaleza, propósito y efectos de la conducta, con el fin de determinar a través de un test de balanceo o razonabilidad, sus características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.

Así mismo, a través del sistema del *stare decisis*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, desarrolló, en algunos casos, la Regla *Per se*, por medio de la cual se analizan todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales "*Per se*" (por sí mismas).

Esta clasificación ha sido de gran importancia, pues en los casos en donde realmente no se requiere un análisis por la evidente naturaleza anticompetitiva de la conducta, los gastos se ven aligerados en buena medida y la autoridad ahorra una cantidad de tiempo considerable. Es por esto que este sistema resulta ser mucho más eficiente que la *Regla de la Razón* en términos económicos. Sin embargo, la *Regla de la Razón* no puede ser descartada, pues hay ciertos casos en donde no es evidente que hay una práctica anticompetitiva y por lo tanto es imprescindible analizarlos de acuerdo a este sistema, así como también hay ciertos casos que no están tipificados por el legislador y por lo tanto necesitan de la Regla de la Razón para ser sancionados en virtud de prohibiciones generales.

Ahora bien, la aplicación de la *Regla de la Razón* y de la *Regla Per Se* nacieron en Colombia, con la expedición del Decreto de 2153, en el cual se incluye una cláusula de prohibición general en el artículo 46, la cual debe ser leída en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (en adelante Ley 155), y un catálogo de conductas contenido en los artículos 47 (acuerdos anticompetitivos); en el artículo 48 (actos anticompetitivos); y en el artículo 50 (conductas de abuso de la posición dominante en el mercado).

Con base en esta arquitectura jurídica, los catálogos de conductas generan una especie de *Regla de Ilegalidad Per se*, en la medida en que el legislador ha descrito o definido como anticompetitivas esas conductas, por lo cual no se requiere hacer un análisis para establecer que la conducta es anticompetitiva (porque ya ha sido definida como anticompetitiva por el legislador), dando lugar a un régimen mucho más estricto.

De otra parte, las conductas que no se encuentren expresamente definidas por el legislador como anticompetitivas en los mencionados catálogos, deberán ser

analizadas bajo la cláusula de prohibición general, utilizando un sistema de análisis similar a la *Regla de la Razón*, donde se mirará el mercado relevante, la naturaleza, el propósito y efecto de la conducta y se debe realizar un test de balanceo entre los efectos meritorios o pro-competitivos de la conducta, versus sus efectos anti-competitivos, para decidir si la conducta debería ser o no sancionada.

Aunque este tema no ha sido nunca pacífico entre nosotros, parecía tener cierta estabilidad a nivel de las decisiones de la SIC; sin embargo, en los últimos años la autoridad ha ensayado nuevas doctrinas, con base en las cuales se ha manifestado dispuesta a aplicarle la *Regla de la Razón* a ciertas conductas verticales, aunque se encuentren contenidas en los catálogos de conductas y por lo tanto deberían ser analizadas bajo la *Regla de Ilegalidad Per Se*.

Este último problema es el tema que tratará este artículo, haciendo primero un recorrido por el origen y la aplicación de la Regla de Razón y la Regla *Per se*, para después tratar el problema acerca de las restricciones verticales antes mencionado, en el caso colombiano.

2. LA REGLA DE LA RAZÓN

2.1 Origen de la Regla de la Razón

En 1899 la Corte Suprema de Justicia decidió el caso de *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*,² con el cual se comenzó a desarrollar el sistema de análisis conocido como la "*Regla de la Razón*" (en inglés *Rule of Reason*), cuyas reglas generales fueron desarrolladas posteriormente por la Corte en 1911, cuando dicha autoridad decidió el caso de *Standard Oil v. United States*.³

El caso de *Standard Oil* presenta el típico escenario para el cual se diseñó la ley Sherman. Treinta y siete compañías petroleras habían sido adquiridas a través de fusiones y otros mecanismos, y eran controladas por medio de una compañía matriz. Era el mecanismo del "*Trust*", concebido como un medio para agrupar y controlar las empresas a lo largo y ancho de la federación americana. En 1884 se organizó un "*Trust*" para el manejo del aceite de algodón; y en 1887 se crearon "*Trusts*" que dominaban los mercados del azúcar, del whisky, la carne, las confecciones, el gas, etc.⁴

² *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899)

³ *Standard Oil Co. v. United States*. 221 U.S. 1, 1911

⁴ Consultar a Friedman, Lawrence M. "A History of American Law". Tuchstone. 1985. Pag. 463 y s.s.

El "*trust*" de la *Standard Oil* fue acusado de incurrir en conductas predatorias y de cometer abusos anticompetitivos, en directa violación de las § 1 y 2 de la ley Sherman. Demostradas estas prácticas dentro del proceso, la Corte condenó a la entidad demandada y ordenó la disolución del "*trust*".⁵

Al decidir este caso el Juez White sentó los parámetros para la aplicación de la *Regla de la Razón*, concluyendo que solamente se consideran ilegales aquellas restricciones al comercio, directas o accesorias, que sean irracionales. Asimismo, se estableció que, al aplicar la *Regla de la Razón* a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia.

2.2 Aplicación de la *Regla de la Razón* en Colombia

Como se dijo antes, en Colombia la *Regla de la Razón* se debe aplicar a aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación, como acuerdos anticompetitivos (Artículo 47 del Decreto 2153), actos anticompetitivos (Artículo 48 del Decreto 2153), o conductas de abuso de la posición dominante en el mercado (Artículo 50 del Decreto 2153). Estas conductas caen entonces bajo las prohibiciones generales contenidas en el Artículo 1 de la Ley 155 y en el artículo 46 del Decreto 2.153. Estas normas jurídicas dicen textualmente lo siguiente:

Ley 155 de 1959. "Artículo 1.- Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

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

D. 2.153 de 1992. "ARTICULO 46.- PROHIBICION. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito."

⁵ Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 33. Puede verse el texto del caso. 221 U.S. 1 (1911).

Como se puede observar, la Ley 155 de 1959 prohíbe “...toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. Por su parte, el Decreto 2.153 de 1992 prohíbe “...las conductas que afectan la libre competencia en los mercados...”. Este es el reconocimiento del legislador, de que los participantes en el mercado pueden incurrir en prácticas anticompetitivas que no fueron previstas por el legislador, caso en el cual es necesario tener un mecanismo para poder sancionarlos, como es el de la prohibición general.

Para el efecto, debe realizarse un análisis más estricto y profundo, ya que es necesario probar que la práctica tiende a limitar la libre competencia o a afectar la libre competencia en los mercados, para lo cual debe establecerse un parámetro de lo que significa la libre competencia en ese mercado. Consecuentemente, le será posible al investigado esgrimir como defensa el carácter pro-competitivo de su conducta, lo que no es posible bajo el sistema de la *Regla Per se*.

Al analizar las prácticas restrictivas es importante considerar su naturaleza, ya que la jurisprudencia ha ido señalando en forma paulatina, aquellas conductas netamente anticompetitivas, como, por ejemplo, los acuerdos horizontales de fijación de precios. Sin embargo, este raciocinio ha ido perdiendo cabida en Colombia en el campo de las restricciones verticales, como lo veremos más adelante.

De otra parte, las normas de competencia castigan aquellas conductas que son realizadas con el simple propósito o la intención de generar un efecto anticompetitivo. El señalamiento del “*propósito*” o la intención, como elementos esenciales de una violación al derecho de la competencia, marcan el inicio de lo que se ha llamado entre nosotros la aplicación *ex-ante* de las normas sobre protección de la competencia. Se considera que una norma tiene carácter *ex-ante*, cuando actúa en forma preventiva, sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva.⁶

En cuanto a los efectos de las prácticas restrictivas, vale la pena señalar que, bajo la *Regla de la Razón*, es posible establecer defensas que tiendan a demostrar que los efectos de la conducta que se le imputa al acusado no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores. Una defensa válida puede consistir, por ejemplo, en demostrar que como resultado de las prácticas acusadas se presenta una mayor producción y más bajos precios, o que a través de las prácticas acusadas se tiende a maximizar la satisfacción del consumidor.

⁶ Como es bien sabido, una de las mayores críticas que en su momento se le hizo a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena (hoy en día sustituida por la Decisión 608 de 2005 de la CAN), se refiere al carácter *ex-post* de la normativa. Tanto la Ley 155 como los artículos 101 y 102 del TFUE y la Ley Sherman, contienen una clara regla para la aplicación *ex-ante* del derecho de la competencia.

Otro aspecto que se analiza al aplicar la *Regla de la Razón*, es el del poder de mercado. Para efectos de determinar si una empresa tiene poder en un determinado mercado, es necesario hacer un estudio sobre la definición, estructura y la concentración de dicho mercado relevante.⁷ La autoridad de la competencia tiende a presumir por regla general, que cuando no existe suficiente poder de mercado, la intención de una empresa al reducir su producción o realizar otra conducta equivalente, no puede ser la de aumentar los precios.

3. LA REGLA PER SE

3.1 Origen de la *Regla Per se*

Al alcanzar la primera mitad del siglo XX, se hizo evidente que las consideraciones económicas tenían una gran importancia dentro del análisis de competencia. Fue así como desde 1960, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos comenzó a utilizar el análisis estructuralista para la decisión de los casos. La premisa básica sobre la cual se funda el estructuralismo, como sistema de análisis económico, supone que la estructura de una industria, entendiéndose por tal el número tamaño y distribución de las empresas que la conforman, determina su comportamiento; y el comportamiento de las empresas a su turno determina los resultados que obtiene la industria en su conjunto en términos de producción, precios y calidad.

Por ejemplo, en el caso de *United States v. Container Corporation of America*,⁸ la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con los competidores no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados, pero en cambio, en aquellos mercados con una estructura oligopólica, se generaban efectos nefastos sobre la competencia, como consecuencia del conocimiento de los precios de las demás firmas participantes en el mercado.

Aunque en ese caso la Corte no encontró pruebas de que los competidores estuvieran fijando precios, condenó como antimonopolística la práctica de compartir información, bajo la premisa de que, en un mercado altamente concentrado, dicha práctica necesariamente tenía que producir efectos anticompetitivos.

De conformidad con el análisis estructuralista de la Corte, la ciencia económica no siempre puede predecir los efectos de aquellas conductas que se desvían de las líneas

⁷ Por esta razón es necesario que las autoridades encargadas de aplicar la normativa de competencia cuenten con los medios suficientes y el personal capacitado para realizar sofisticadas mediciones econométricas. Así mismo es necesario que los abogados que trabajen en estas labores conozcan y entiendan los temas económicos.

⁸ Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 168. Puede verse el texto del caso. 393 U.S. 333 (1969).

de comportamiento predeterminadas por la teoría económica. La respuesta de la Corte a este problema, fue la creación de la *Regla Per Se*, en virtud de la cual el juzgador puede presumir la ilegalidad de ciertas prácticas, sin entrar a estudiar sus causas o efectos.

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto, fue explicada en 1982 por el Juez Stevens, en el caso de *Arizona v. Maricopa County Medical Society*⁹ al decir que "Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir *con confianza que la Regla de la Razón lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional.*"¹⁰ En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la *Regla Per Se*" a un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la Asociación Médica del Condado de Maricopa, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

3.2 Aplicación de la *Regla Per Se* en Colombia

La *Regla Per Se* es el tipo de análisis más estricto bajo el cual la autoridad de la competencia puede analizar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale la aplicación de una presunción de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la jurisprudencia norteamericana ha ido señalando en forma taxativa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis, y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la *Regla Per Se* resulta o no aplicable al caso sub judice. Una vez que la corte ha determinado que la *Regla Per Se* es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa.

Por lo tanto, la Corte no escuchará los argumentos del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.

Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de

⁹ Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 196. Puede verse el texto del caso. 457 U.S. 332 (1982).

¹⁰ Los textos de las decisiones que se citan en este documento fueron todos consultados en inglés. Las traducciones son mías.

competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la *Regla Per Se*.
11

Debido a la estructura jurídica que presentan la Ley 155 y el Decreto 2153, es posible decir en Colombia, que la *Regla Per Se* puede aplicarse a todos los casos de acuerdos, actos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos, la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que el carácter competitivo e ilegal de la conducta es presumido por la ley.

Al respecto se puede considerar, por ejemplo, el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, el cual dice textualmente lo siguiente:

“ARTICULO 47.- ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.
Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto **se consideran contrarios a la libre competencia** entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.” (Se ha resaltado)

Como se puede observar, la norma transcrita **considera** (o define) como contrarios a la libre competencia, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. La autoridad de la competencia deberá probar solamente la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la fijación de precios, pero no tendrá que demostrar que dicha conducta es anticompetitiva, ya que la norma lo presume y no admite prueba en contrario. En consecuencia, la única defensa posible para el investigado, consiste en demostrar que no celebró el acuerdo, y no se le admitirán argumentos tendientes a demostrar, por ejemplo, que la fijación de precios se pactó en beneficio de los consumidores, o que no afectó el mercado.

¹¹ En el caso de *National Society of Professional Engineers v. United States*. 435. U.S. 679 (1978), la Corte condenó a la Sociedad Nacional de Ingenieros por establecer un reglamento que prohibía a sus afiliados hacer ofertas competitivas para obtener contratos. La defensa de la Asociación se basó en que la libertad absoluta para competir en cuanto al precio llevaría a los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el público, con el objeto de presentar la propuesta más económica y obtener el contrato, en detrimento de la calidad de las construcciones y del bienestar de los consumidores. La Corte conceptuó que bajo la *Regla de la Razón* no se podían aprobar defensas basadas en la suposición de que la competencia en sí misma considerada era irracional.

4. EVOLUCIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA RAZÓN Y DE LA REGLA PER SE¹²

Como se dijo anteriormente, este es el problema sobre el cual se basa este artículo. La complicación consiste en que estas dos reglas de análisis han evolucionado en Colombia, debido al desarrollo de nuevas fronteras en la aplicación de la *Regla de la Razón*, lo cual puede significar el rompimiento de la estructura jurídica del Decreto 2153.

En efecto, el Decreto 2153 dispone la aplicación de una especie de *Regla Per Se*, al decir, por ejemplo, en el artículo 47, que “... ***se considera*** que son contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos”. Es decir, que la autoridad no tiene por qué analizar otros aspectos, ni existen circunstancias que puedan justificar la realización de la conducta, pues esta se encuentra definida como anticompetitiva en la ley, y por lo tanto la autoridad sólo necesita demostrar que los investigados realizaron el acuerdo prohibido por la ley y no que tal acuerdo es anticompetitivo, porque eso ya fue definido.

Aunque la anterior explicación es lógica, lo que ha sucedido en los últimos años, es que la SIC ha considerado que, en ciertos casos, como por ejemplo en las restricciones verticales, es posible realizar un análisis adicional y tener en cuenta ciertos aspectos, con el fin de determinar si el acuerdo es anticompetitivo. En otras palabras, la autoridad ha aplicado la *Regla de la Razón* a ciertos casos que deberían ser resueltos por medio de la *Regla Per se*.

Para analizar este problema es importante aclarar que las prácticas restrictivas de tipo vertical son aquellas ejercidas por una o más personas en forma unilateral o concertada, y dirigidas contra (o realizadas en conjunto con) empresas o personas que se encuentran en un nivel diferente del proceso productivo. Se trata de prácticas o acuerdos entre un productor y un distribuidor, o entre un vendedor mayorista y otro detallista, o en general entre dos empresas que operan en secuencia en una cadena de producción y distribución de un bien.

Es importante hacer referencia a los antecedentes conceptuales de este tipo de conductas en el derecho comparado y más específicamente en la jurisprudencia de los EUA, la cual se ha ocupado profusamente de estos asuntos.

¹² A partir de este punto el presente documento se apoya de manera importante en el documento titulado “*El estado actual de la práctica de Fijación VERTICAL de Precios en Colombia.*” Revista CEDEC XVI, 2016, escrito por Alfonso Miranda Londoño y Gabriel Ibarra Pardo.

Es necesario advertir que, al hacer un análisis comparativo, no se pretende de ninguna manera que se adopte o acate la jurisprudencia producida en otras latitudes, sino simplemente aprovechar la experiencia extranjera y con el fin de que se establezca la doctrina más acorde con la realidad de nuestros mercados y nuestros sistemas jurídico y económico en general.

4.1 Evolución del análisis de las restricciones verticales en USA

Resulta de la mayor importancia analizar la evolución que ha tenido la jurisprudencia de los E.U.A. en relación con el tema de las restricciones verticales, ya que en dicho país muchas prácticas restrictivas verticales fueron declaradas *Per se* ilegales y después se decidió aplicarle a las mismas la *Regla de la Razón*. Como se verá a lo largo de este capítulo, la Corte Suprema de Justicia de los E.U.A. ha sido menos estricta al calificar las prácticas restrictivas de tipo vertical, debido a que dichas prácticas con mayor frecuencia generan algún tipo de eficiencia y ventajas para los consumidores.

Las restricciones verticales a la libre competencia en los E.U.A. caen bajo el imperio de la §1 de la ley Sherman, que considera ilegal todo contrato, combinación o conspiración tendiente a restringir el comercio; y bajo la §3 de la ley Clayton, que prohíbe la celebración de contratos que otorguen descuentos o tratos preferenciales, con la condición de que no se usen, consuman o adquieran los productos de la competencia.

4.1.1 Primera Etapa. Ilegalidad *Per Se*.

El estudio de la División Vertical de Mercados ha implicado una gran evolución en el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia en los E.U.A. En efecto, en 1911, con el caso de *Dr. Miles*, la Corte partió de la suposición de que si es cierto que los acuerdos de fijación de precios son ilegales *Per se*, aun cuando sean verticales¹³, entonces los acuerdos verticales para la repartición de mercados, también deben ser ilegales por cuanto tienen un efecto similar. Adicionalmente, el Juez Hughes dijo que, si la división horizontal de mercados era ilegal *Per se*, la división vertical también debería serlo.

En 1963 la Corte decidió el caso de *White Motor Co. v. United States*¹⁴, en el cual la División Antitrust del Departamento de Justicia de los E.U.A. demandó el sistema distribución implementado por *White Motor*, un fabricante de camiones que establecía

¹³ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911)

exclusividades territoriales para sus distribuidores y se reservaba algunos clientes, los cuales solamente podían ser atendidos directamente por él.

Aunque el caso fue ganado por el Estado en las cortes inferiores, la Corte Suprema de Justicia consideró que la División Vertical de Mercados no podía ser considerada ilegal *Per se*, ya que se conocía muy poco acerca de las consecuencias económicas de la práctica. El Juez Douglas, quien era el ponente de la decisión, sugirió que las limitaciones territoriales de tipo vertical, podrían ser “*protecciones permisibles contra competidores agresivos, o la única forma en que en la práctica una firma pequeña podría ingresar o permanecer en un mercado*”. Por estas razones, el Juez Douglas estableció que a este tipo de casos le debía ser aplicada la *Regla de la Razón*.

A pesar de que esta decisión parecía indicar que las restricciones verticales solamente podían ser utilizadas por firmas pequeñas que estuvieran luchando con gigantes, resulta importante destacar que ya la Corte Suprema de Justicia empezaba a reconocerle algunos efectos pro-competitivos a estas prácticas y, sobre todo, a estudiarlas bajo la *Regla de la Razón*.

La oportunidad para aclarar la doctrina sobre división vertical de mercados se le presentó nuevamente a la Corte en 1967, con la decisión del caso de *United States v. Arnold Schwinn & Co.*¹⁵, en el cual le correspondió ser ponente al Juez Fortas. Sin embargo, nuevamente fue imposible discernir algo diferente a lo que ya se había establecido en el caso de *White Motor*, en el sentido de que este tipo de prácticas debían ser estudiadas de acuerdo con la *Regla de la Razón*.

Arnold Schwinn & Co. era una sociedad familiar que se dedicaba a la fabricación de bicicletas. En 1959 tenía el 22.5% del mercado en los E.U.A. y era el fabricante de bicicletas más importante de ese país. Diez años después, la participación en el mercado de la compañía había caído al 12.8%, a pesar del considerable incremento en el volumen de producción. La participación de mercado perdida por *Schwinn*, había sido adquirida por su competidor, *Murray Ohio Manufacturing Company*.

El sistema de distribución de *Schwinn* se basaba en una red de 22 distribuidores mayoristas, mientras que la venta de las bicicletas al público era realizada a través de un gran número de distribuidores minoristas. Aproximadamente el 10% de las ventas eran realizadas a través de *B.F. Goodrich*, empresa que vendía las bicicletas a los consumidores en forma directa a través de su red propia de distribuidores.

El gobierno argumentó entre otras cosas, que *Schwinn* había violado la sección primera de la ley Sherman, al requerir a sus distribuidores que aceptaran los precios establecidos para los productos de *Schwinn*, así como al establecer exclusividades territoriales para sus distribuidores mayoristas. Como se puede observar, el gobierno

formuló cargos tanto de fijación de precios como distribución de mercados. Aunque la fijación de precios no se demostró, quedó claro que la Corte Suprema de Justicia continuaba viendo la fijación vertical de precios como una violación de la Ley Sherman.

Al estudiar el punto de la división de mercados, la Corte concluyó que cualquiera que fuera el plan de ventas, de los varios utilizados por *Schwinn*, resultaba claro que *Schwinn* exigía de manera firme que los distribuidores vendieran solamente dentro de sus territorios asignados, y solamente a distribuidores minoristas autorizados por él. Por su parte los distribuidores minoristas solamente podrían venderle a los consumidores. La consecuencia de incumplir estas condiciones consistía en la terminación del respectivo contrato

La Corte reconoció que el propósito de *Schwinn* era el de mejorar la eficiencia de su sistema de distribución; pero esa cualidad en si misma no servía para convalidar dicho sistema. La Corte no consideró que los esfuerzos para incrementar la eficiencia en la distribución fueran tan valiosos como los que se pueden utilizar para incrementar la eficiencia en la producción; sin embargo, una vez más la Corte aplicó la *Regla de la Razón* para el análisis del caso.

La Corte estableció sin mayores explicaciones, que existía una diferencia entre aquellos casos en los cuales el fabricante mantenía la propiedad sobre los artículos que eran distribuidos por su red de comercialización, y aquellos en los cuales el fabricante vendía a los distribuidores los productos. En este segundo caso, es decir, cuando el fabricante enajenaba los productos y su reventa corría exclusivamente por cuenta y riesgo de los distribuidores, la Corte consideraba que cualquier restricción de tipo vertical, ya sea relacionada con precios o con distribución de territorios resultaba ilegal.

La opinión de la Corte se basó en que, en estos casos, cuando el fabricante ya ha vendido los productos, no tiene porque intervenir en las operaciones subsiguientes que se relacionen con ellos. La crítica de este análisis consiste en que pretende proteger y darle mayor libertad a los distribuidores, sin pensar en el bienestar del consumidor. Nuevamente la Corte estableció que aplicaría la *Regla de la Razón* para considerar aquellos casos en los cuales el fabricante tuviera la propiedad sobre los artículos distribuidos, porque de esta manera se estaría favoreciendo a las empresas pequeñas que quisieran penetrar mercados a través de una red de distribución con comerciantes independientes. Sin embargo, esta explicación continúa siendo bastante confusa y poco satisfactoria y no se compadece con las necesidades del comercio moderno.

La última de las distinciones que dejó el caso de *Schwinn*, consistió en establecer que la fijación vertical de precios era ilegal en todos los casos, mientras que la división territorial de mercados debía ser estudiada bajo la Regla de la Razón en algunos casos

como se vio anteriormente. No existe ninguna razón económica, jurídica válida para mantener esta distinción, ya que ambas prácticas de tipo vertical tienen un efecto económico similar sobre los consumidores.

4.1.2 Segunda Etapa. El Caso de GTE Sylvania.

Solamente hasta el año de 1977, diez años después de la criticada decisión de *Schwinn*, el Juez Powell tuvo la oportunidad de clarificar la jurisprudencia con la expedición de la sentencia de *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania*,¹⁶ con la cual se modificó la doctrina de la Corte sobre ilegalidad *Per Se* de la distribución vertical de mercados. La importancia de este caso radica en que por primera vez la Corte entra a sopesar los efectos negativos que la práctica produce en cuanto a disminución de la competencia dentro de la misma marca, contra los efectos positivos que produce en relación con el incremento de competencia entre marcas diferentes.

Cuando la Corte se enfrentó a las inconsistencias que contenía el legado del caso *Schwinn*, según el cual la división territorial de tipo vertical, así como otras restricciones también de tipo vertical podían ser consideradas legales bajo ciertos parámetros, se vio forzada a analizar las consecuencias de prohibir definitivamente esta clase de restricciones: Podría suceder que los fabricantes tuvieran que aceptar como distribuidor a cualquiera que cumpliera con unos requisitos mínimos, y/o permitirle a sus distribuidores situarse en cualquier punto del territorio, con la consecuente desorganización de cualquier red de distribución y el perjuicio de los consumidores. De manera alternativa podría suceder que fuera la ley la que especificara el número de distribuidores que podría tener el fabricante en cada zona geográfica, lo cual resulta totalmente absurdo e impracticable.

Como consecuencia del anterior análisis, la Corte decidió permitir de manera libre la división vertical de mercados, con el fin de darle consistencia a la jurisprudencia y proteger los intereses de los consumidores. Adicionalmente este caso creó una forma de razonamiento que demostraría ser muy beneficioso en el estudio de los problemas de la competencia.

En *Sylvania* la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Antes de 1962 *Sylvania* era una pequeña fábrica de televisiones con una participación del 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores con el fin de que pudieran competir más agresivamente contra otras marcas. Para el efecto, *Sylvania* operaba con una pequeña red de distribuidores cuidadosamente seleccionados, entre los

cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de *Sylvania* se incrementó hasta llegar en 1965, a ser del 5% del mercado global.

Cuando *Sylvania* nombró otro distribuidor en el área señalada al demandante (*Continental TV Inc.*), éste reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región (*Continental* estaba localizado en San Francisco y decidió abrir una sucursal en Sacramento). *Sylvania* redujo el nivel de suministro y posteriormente terminó la franquicia.

Con el argumento de que el precedente de *Schwinn* había prohibido las cláusulas territoriales, Continental demandó a *Sylvania*, ganó el caso en la Corte del Circuito, perdió en la apelación y llevó el caso a la Corte Suprema de Justicia.

Al decidir el caso, con ponencia del Juez Powell, la Corte consideró que, debido a los efectos positivos de la práctica sobre la competencia con otras marcas de televisores, no se debía aplicar la *Regla Per se* a la división vertical de mercados, convalidó el esquema de distribución de *Sylvania* y reversó el precedente jurisprudencial de *Schwinn*.

Debe tenerse en cuenta que la propiedad de los televisores en el caso bajo estudio, en todos los casos pasaba al distribuidor, a pesar de lo cual dicho distribuidor estaba sometido a restricciones verticales. En estas circunstancias, bajo el precedente de *Schwinn*, el caso debía ser decidido bajo la *Regla Per se* en favor de Continental. Sin embargo, el Juez Powell llegó a la conclusión de que las distinciones establecidas en el caso de *Schwinn* eran ilógicas y en vez de aplicar el precedente, decidió analizar a fondo el asunto.

Fue así como la Corte concluyó que, aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la *Regla de la Razón* serían declaradas legales, cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante. Según el juez Powell el incremento en la competencia se presenta debido a que las restricciones verticales dentro de la misma marca, le permiten al fabricante incrementar la eficiencia en la distribución de sus productos. Como no se logró demostrar que las restricciones verticales tuvieran un efecto perverso sobre la competencia, se concluyó, como ya se dijo, que la aplicación de la regla *Per se* era totalmente inapropiada.

En la opinión del Juez Robert Bork, la gran virtud del caso *Sylvania* no consiste simplemente en que logró salvar un esquema de distribución que resulta valioso para

los consumidores, sino más bien en el alto grado de sofisticación económica que contiene su análisis, que, de aplicarse en forma consistente, es capaz de hacer nuevamente, que la política de la competencia se aplique de manera racional y en beneficio de los consumidores. Esto es así, debido a que por primera vez la Corte tomó en consideración el criterio de la eficiencia de las empresas al establecer sus decisiones, lo cual hasta este momento era considerado como irrelevante en el análisis *Antitrust*.

En el tema de los acuerdos verticales de fijación de precios también se ha producido una importante evolución como pasamos a ver.

En efecto, en noviembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la magistrada Sandra Day O'Connor, se pronunció en el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, por medio del cual modificó de manera importante la doctrina establecida en 1968 en el caso de *Albrecht v. Herald Co.*¹⁴, en el cual la Corte Suprema había establecido que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *Per Se*. En dicho caso, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la *Regla de la Razón* y no bajo la *Regla Per Se*.

El motivo para realizar este cambio en la jurisprudencia radicó en que la Corte no pudo continuar sosteniendo que los acuerdos para la fijación de precios máximos eran tan irremediamente anticompetitivos, que los jueces no deberían gastar tiempo y esfuerzo en la investigación de cualquier posible efecto pro competitivo o en favor de los consumidores.

De acuerdo con la decisión mencionada, en los casos de fijación concertada de precios máximos de venta al público los consumidores se benefician, porque los fabricantes o distribuidores mayoristas obligan a los distribuidores minoristas a compartir con los consumidores las eficiencias y ganancias que se producen al nivel mayorista.

Como ya se advirtió, el análisis de la *regla de la razón* se basa en la determinación de tres aspectos fundamentales de parte de la autoridad de la competencia, como son el propósito, la naturaleza y el efecto de la práctica bajo estudio. En este tipo de investigación resulta válido, por tanto, que la autoridad evalúe los efectos anticompetitivos ante los pro-competitivos de la práctica en cuestión.

¹⁴ 390 US 145 (1968).

Como un importante sector de la doctrina lo venía proponiendo desde hace tiempo, la Corte aplicó en el caso de *State Oil v. Barkat Khan* un raciocinio similar al utilizado para definir la legalidad de los acuerdos verticales de repartición de mercados en el caso de *Continental Tv. Inc. v. GTE Sylvania*¹⁵, al cual ya hicimos referencia.

En 2007, es decir, diez años después del famoso *State Oil v. Barkat Khan*, la Corte decidió el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. et al*, por medio del cual pasó de la *Regla Per Se* a la *Regla de la Razón*, los acuerdos verticales de fijación de precios mínimos, lo cual demuestra que este derecho se mueve hacia una mayor utilización de la *regla de la razón*, es decir, hacia la posibilidad de admitir mayor nivel de explicación económica como defensa frente a las acusaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

4.2 El caso colombiano

En Colombia, el problema consiste en que el artículo 47 del decreto 2153, no distingue entre la fijación de precios de tipo vertical u horizontal. Entonces se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tenga por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios, sin distinguir si son horizontales o verticales. Esa distinción sí está en los acuerdos de repartición de mercados (No. 3ro del artículo 47), que establece que se considera que son contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores. Entonces el Decreto 2153 sí tenía la noción de que había unos acuerdos que, cuando eran verticales, no eran *Per Se* anticompetitivos. Sin embargo, debe anotarse que en la época en la cual se expidió el Decreto 2153, no se había expedido aún el caso de *Khan* y se consideraba en los Estados Unidos y en la mayor parte de las jurisdicciones, que los acuerdos de fijación vertical de precios eran *Per Se* ilegales.

En Colombia, a partir del año 2012, con el caso de los *Televisores*, se empezó a romper esa lectura del Decreto 2153. La Superintendencia establece que puede que haya acuerdos verticales de fijación de precios que no sean anticompetitivos. En relación con esta evolución del Derecho de la Competencia en Colombia, debe considerarse que sería mucho mejor reformar la norma. Más adelante aparecieron los casos de *Terpel* y el *Molinos Roa y Florhulia*, como expondremos a continuación.

¹⁵ SULLIVAN y HOVENKAMP, *op. cit.*, pág. 315. Puede verse el texto del caso 433 U. S. 36 (1977).

4.2.1 Resolución No. 48092 del 13 de agosto de 2012 (Caso Televisores)

A diferencia de los casos anteriormente reseñados, en este asunto se trata del cierre o archivo de una investigación preliminar, por parte del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la SIC.

En este caso la SIC había iniciado una averiguación preliminar con el fin de determinar cómo se establecía el precio de los televisores en el marco de las negociaciones entre los importadores y los hipermercados. La mencionada investigación preliminar tuvo como finalidad determinar si los importadores fijaban los precios de reventa y, teniendo en cuenta el poder contractual de cada parte, establecer si existía un acuerdo vertical en los términos del artículo 47(1) del Decreto 2153, o un acto tendiente a influenciar las decisiones de precios de los comerciantes locales en violación del artículo 48(2) del Decreto 2153, de tal manera que se facilitara la configuración de un acuerdo de precios.

Si bien la SIC se mantuvo firme en su posición respecto de la derogatoria del artículo 9 de la Ley 155¹⁶, en esta resolución se cuestiona la forma en que la autoridad venía tratando el tema de la fijación de precios de reventa.

Como se dijo anteriormente, hasta este momento la SIC había analizado la fijación de precios de reventa con base en la prohibición en contra de los acuerdos de fijación de precios (Artículo 47(1) del Decreto 2153) y con la prohibición contra los actos tendientes a influenciar las decisiones de precios (Artículo 48(2) del Decreto 2153), sin una diferenciación notable en el examen de las conductas horizontales respecto de las verticales, ya que hasta ese momento la SIC había utilizado un criterio meramente preventivo y había venido sancionando las conductas con base en el criterio subjetivo, es decir, que se sancionaba las conductas “*por objeto*”.

En este caso, la SIC parte de un análisis de los posibles efectos de la fijación de precios de reventa, y concluye que en algunos casos esta conducta puede resultar meritoria por generar efectos pro competitivos que podrían superar los efectos anticompetitivos que traería la fijación del precios. Para el efecto la SIC apoya su argumentación en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y argumenta que aunque la fijación de precios de reventa puede restringir la competencia intra-marca, fomenta la competencia inter-marca.

¹⁶ La SIC consideró que el artículo 9 de la Ley 155 de 1959 fue derogado por el artículo 2033 del Código de Comercio, expedido por Decreto 410 de 1971.

Con una serie de argumentos económicos, la SIC muestra la forma en que la fijación de precios de reventa puede ser beneficiosa para el mercado. Los principales argumentos que la SIC esgrime para sustentar su decisión, son los siguientes:

- Al controlar los precios de reventa, el productor puede evitar la doble marginalización.
- Al controlar los precios de reventa, se incentiva la competencia de los distribuidores en la prestación de servicios complementarios relacionados con el producto. Así, se estimula un mejor servicio de preventa y posventa que son esenciales o necesarios para ciertos productos.
- Al controlar los precios de reventa, se puede ver eliminada la competencia parasitaria.
- La fijación de precios de reventa permite una red más estable y amplia de distribuidores.

En unión a todo lo anterior, la SIC reconoce que la fijación de precios de reventa en algunas ocasiones también puede afectar el mercado y restringir el beneficio de los consumidores. Al mencionar una serie de efectos anticompetitivos de esta práctica, la SIC concluye que en Colombia se le *“ha dado un mismo alcance prohibitivo a escenarios económicamente disímiles”*. Así, en atención al concepto de eficiencia económica, la SIC establece que la fijación de precios de reventa tiene que ser analizada caso a caso, teniendo en cuenta el tipo de restricciones a la competencia que la conducta podría generar.

Añade la SIC que para identificar los efectos anti-competitivos de la fijación de precios de reventa, es necesario observar, entre otras cosas: **(i)** La estructura del mercado; **(ii)** Las características del agente aguas arriba; **(iii)** La naturaleza del bien y de la marca; **(iv)** La relación contractual; y **(v)** Los efectos de largo plazo de la conducta.

Por último y con relación con la Negativa Unilateral a Contratar - NUC, la SIC considera que el artículo 48 (2) y (3) del Decreto 2153, está diseñado para operar de forma conjunta. Así, en caso de que se pudiera establecer que la fijación de precios de reventa tuviese efectos pro-competitivos, la negativa a la venta por parte del productor al distribuidor, tendría una justificación objetiva basada en competencia, eficiencia o bienestar del consumidor. En palabras de la SIC: *“En este orden de ideas, sería el investigado el llamado a demostrar estos efectos, y será la Superintendencia la que analizará si estos superan los posibles efectos anti – competitivos”*.

De esta forma y junto con la información recaudada en la averiguación preliminar, la SIC encontró que los importadores sugerían un precio de reventa a los minoristas en la venta de televisores. Sin embargo, al analizar el poder de cada parte dentro de la relación comercial (en la cual ninguno es preponderante), junto con el análisis de la negociación del precio y las promociones, así como la cercanía de los mismos, la SIC concluyó que: *“Con fundamento en el comportamiento variable de los precios promedio ponderados, este despacho considera que el precio del mercado difiere del precio sugerido o del precio regular de oferta, por lo que, aun en el caso de que se estuvieran fijando los precios de reventa por parte de las empresas de televisores, no han llevado, en este mercado, a la configuración de un acuerdo anticompetitivo”*.

Así pues, en atención a la visible competencia entre las marcas de televisores y a la existencia de una competencia efectiva por precios y promociones, la SIC consideró que:

“...aún si existiera una fijación de precios de reventa por parte de un importador hacia un distribuidor, completamente aplicada y sin muestra de varianzas, actualmente no tiene un efecto horizontal (exclusorio o explotativo) que vulnere la libre competencia. (...) las decisiones adoptadas, tanto por los importadores, como por las grandes superficies, no reflejan distorsiones en el mercado, al representar fijaciones de precios de reventa. Al contrario, se logró probar, dentro del presente expediente, que la variable de precios resulta un mecanismo de competencia que permite que estos bienes lleguen con diferentes precios al consumidor final, y que sea éste quien a través de su libre escogencia adopte una decisión de compra”.

En consecuencia, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó el archivo del expediente y se abstuvo por lo tanto de adelantar una investigación formal.

4.2.2 Resolución No. 40598 del 27 de junio de 2014 (Caso Terpel)

En este caso, al igual que en el anterior, la SIC ordenó archivar una averiguación preliminar en la cual se encontraba involucrada la empresa *Terpel*, por la fijación del precio de reventa del Gas Natural Vehicular Comprimido a sus estaciones de servicio franquiciadas.

En esta resolución la SIC realiza un análisis detallado respecto de la fijación de precios en las relaciones verticales. Así, después de establecerse una serie de elementos esenciales y naturales del contrato de franquicia en Colombia, la SIC analizó la fijación de precios de reventa como un tipo de restricción vertical a la libre competencia.

En este caso, la SIC nuevamente se refirió a la competencia intra-marca y estableció que la misma puede verse afectada por restricciones de tipo vertical. Con respecto a la competencia inter-marca, la SIC estableció una serie de posibles efectos anticompetitivos como son: **(i)** Los efectos exclusorios; y **(ii)** el efecto de facilitar la concreción de acuerdos colusorios.

La SIC anotó que el régimen colombiano de protección de la competencia incluye prohibiciones que cobijan indistintamente acuerdos verticales y horizontales, puesto que parte de la base que los consumidores finales tienen derecho a beneficiarse de la competencia en general. Así, *“...respecto al reproche legislativo de las restricciones verticales, este también parte del supuesto de que los distribuidores, como agentes económicos independientes, tienen derecho a establecer las condiciones de adquisición, venta y reventa que prefieran, de acuerdo a sus propias estructuras de costos y expectativas de ganancia”*.

En dicha resolución, se identifica la Fijación Unilateral de Precios - FUP con un acuerdo vertical de precios y se la define como *“... todos aquellos acuerdos y prácticas concertadas que obliguen o induzcan al comprador a no revender por debajo de un determinado precio, a un determinado precio o por encima del mismo”*.

Después de hacer un breve recuento en materia de avances en la regulación de la FUP tanto en Estados Unidos como en Europa, la SIC concluye que hasta la fecha la autoridad ha tenido un acercamiento formalista respecto de los acuerdos verticales¹⁷ y que ha considerado la posibilidad de que algunos de ellos promuevan la competencia, lleguen a optimizar o mejorar la eficiencia de una operación mercantil, y en últimas, terminen favoreciendo a los consumidores en general.

Sin embargo, en materia de restricciones relativas al precio, la SIC estableció que hasta el momento ha considerado que sólo los precios sugeridos están permitidos. Sin

¹⁷ Concepto SIC No. 01082559 del 23 de Octubre de 2001: *“Ahora bien, cuando el acuerdo es vertical, es decir, cuando se realiza entre quienes intervienen en un mismo proceso productivo pero en diferentes instancias, como por ejemplo, entre el productor y sus distribuidores, no opera la ilegalidad por se por cuanto las empresas no se hayan en posición de competencia, y por ende no se genera indefectiblemente su restricción. En consecuencia, si lo pretendido por los intervinientes de una misma cadena productiva es optimizar y mejorar la eficiencia de una operación, como resultado del cual, inclusive, puedan verse favorecidos los consumidores al obtener productos a mejores precios, el acuerdo no estaría, por ese simple hecho, en contradicción con las normas sobre promoción de la competencia. Por el contrario, si el acuerdo tiene como propósito establecer o imponer condiciones restrictivas al mercado y no la optimización del ciclo productivo, sería entonces considerado como anticompetitivo y por lo tanto, de objeto ilícito.”*

embargo, dijo que no ha emitido pronunciamientos que permitan reconocer su postura frente a las modalidades de precios máximos, mínimos y fijos. En esta ocasión, la SIC consideró necesario replantear el acercamiento hacia los acuerdos verticales de fijación de precios que se encuentran en general prohibidos por el artículo 47(1) del Decreto 2153, cuando se puedan generar eficiencias deseables para los consumidores y el mercado.

Anota la SIC que independientemente de lo anterior, en Colombia, los acuerdos de fijación de precio (horizontales y verticales) son catalogados por la legislación como anticompetitivos, tanto por objeto como por efecto. No obstante ello, *“... una restricción que se reprocha por objeto no siempre es necesaria e irremediablemente ilegal”*. Así, establece la SIC que es posible que el análisis contextual de determinada restricción no revele un grado suficiente de daño inherente que la haga reprochable. *“Se requiere entonces de un estudio mayor en estos casos para no incurrir en presunciones que conduzcan a ‘falsos positivos’ en el mercado, pues una restricción vertical que por la literalidad de la norma se presumiría ilegal, podría llegar a ser beneficiosa para la economía y para la competencia en general”*.

Por su parte, establece la SIC que aunque en Colombia el régimen de protección de la competencia no define un umbral de cuota de mercado por debajo del cual se presume que cualquier tipo de acuerdo vertical es lícito, se rescata la importancia de la participación del mercado de los sujetos de la conducta. Por esto, la SIC considera que si alguno de los agentes de un acuerdo vertical de precios tiene una participación de mercado considerable u ostenta posición de dominio, el riesgo de que la restricción objeto de análisis genere efectos anticompetitivos se presumirá mayor (dichos análisis de participación de mercado deberán considerar el nivel de concentración del mercado).

En relación con la fijación de precios de reventa máximos, la SIC adopta la permisividad propia de la Unión Europea y la flexibilidad del régimen de Estados Unidos. Por ende, la considera permitida. Lo anterior, por cuanto la SIC reconoce que los precios máximos, así como los sugeridos, no suprimen la facultad del distribuidor de competir utilizando el precio, *“... ya que la venta por debajo del máximo, que es la que realmente resulta competitiva, está totalmente permitida y concede al distribuidor gran margen de maniobra, sirviendo incluso en ocasiones para evitar abusos de distribuidores con un importante poder de mercado”*.

Con respecto a la fijación de precios mínimos y fijos la SIC establece que persiste una reticencia generalizada respecto a su aceptación y toma de la experiencia de Estados Unidos la premisa según la cual esta modalidad de fijación de precio debe analizarse caso por caso.

Por último, establece la SIC que en todo caso, en cada situación los agentes económicos investigados deberán mostrar que los efectos pro-competitivos superan cualquier efecto anticompetitivo advertido de antemano o efectivamente comprobado por la Autoridad de Competencia. La SIC analizará si la restricción es indispensable para alcanzar las ventajas que eventualmente se prediquen de su uso; el estado de la competencia intermarca; la potencialidad o el alcance del efecto colusorio y/o exclusorio; el grado de afectación o mejoramiento del bienestar general del consumidor y cualquier otro aspecto adicional que se estime pertinente en cada caso. En todo caso, el análisis debe limitarse a medir el carácter anticompetitivo del objeto y tener en cuenta los efectos tanto a largo como a corto plazo.

4.2.3 Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015 (Caso *Molinos Roa y Florhuila*)

Por medio de la Resolución de 16562 de abril de 2015 se le impuso una sanción a *Molinos Roa y a Molinos Florhuila* por la infracción del régimen de protección de la competencia en materia del artículo 48(2) del Decreto 2153. Al igual que las resoluciones mencionadas anteriormente, en esta decisión la SIC hizo un breve análisis de lo que debe considerarse como relaciones verticales y sus posibles efectos anticompetitivos o procompetitivos.

La SIC citó la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014 y estableció que “...si después de que la SIC demuestra la existencia de una restricción derivada de un acuerdo vertical (como por ejemplo el establecimiento de precios mínimos de reventa a distribuidores) los investigados prueban que la misma se justifica en serias razones de eficiencia que son suficientes para contrarrestar la restricción, la Superintendencia no podría considerar que la conducta es ilegal y sancionable, razón por la cual no podría afirmar que se encuadra en la prohibición del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992”.

Como se puede observar, en esta decisión la SIC, una vez más, estableció que la legalidad de la fijación vertical de precios mínimos o máximos se analizará dependiendo de las características del mercado y las circunstancias propias de la conducta. Si la conducta no genera efectos procompetitivos y no optimiza el ciclo productivo, será considerada como anticompetitiva. Serán los investigados los llamados a probar los efectos de la conducta en el curso de la investigación.

5. CONCLUSIONES

Es indudable que los desarrollos doctrinarios de la SIC se mueven en la dirección de la jurisprudencia norteamericana y europea y abren la posibilidad de la aplicación de la *Regla de la Razón* en los acuerdos verticales de fijación de precios y dan a entender que, a pesar de la literalidad de las normas colombianas, que no distinguen entre los acuerdos horizontales y verticales de fijación de precios, no todos los acuerdos verticales de precios serán considerados ilegales por la SIC.

La SIC no profundiza en el test de legalidad de los acuerdos verticales, sino que se contenta con indicar que puede tomar cualquier aspecto que se estime pertinente en cada caso para definir sobre la legalidad o ilegalidad de la práctica. Sin embargo, parece que algunos de los factores que se deben tener en cuenta al enfrentar esta nueva *Regla de la Razón* en Colombia son los siguientes:

- a. Parece evidente que si la SIC investiga un acuerdo vertical de fijación de precios, el mismo se considerará ilegal a menos que los investigados le demuestren a la SIC dentro de la investigación que la conducta es meritoria porque cumple con los requisitos que se exponen a continuación.
- b. Los investigados deben demostrar que el acuerdo vertical de fijación de precios tiene el efecto de promover la competencia en el mercado. Para el efecto deberán demostrar que los efectos anticompetitivos intra-marca son inferiores a los efectos procompetitivos inter marcas, razón por la cual se puede decir que el acuerdo genera eficiencias.
- c. Los investigados deben demostrar que las restricciones intra-marca que genera el acuerdo son indispensables para alcanzar las ventajas que eventualmente se prediquen de su uso.
- d. Los investigados deben demostrar los efectos colusorios o exclusorios del acuerdo son inferiores a los efectos procompetitivos del acuerdo y que el mismo redundará en beneficio del bienestar general de los consumidores.
- e. La SIC advierte que puede tener en cuenta también cualquier otro aspecto adicional que se estime pertinente en cada caso.
- f. Cuando se trata de acuerdos de franquicia donde el franquiciante es el que asume los mayores riesgos en el contrato de franquicia, el acuerdo de fijación de precios vertical puede tener grandes probabilidades de ser considerado procompetitivo.

Como puede observarse, las indicaciones que ofrece la SIC respecto de la posible legalidad de los acuerdos verticales de fijación de precios son vagas e imprecisas, lo cual deja a los empresarios en una situación bastante precaria.

Se deben defender estos casos verticales, con base en la *Regla de la Razón*, ya sea por acuerdo o por acto, para lo cual deberá argumentarse y demostrarse que el acuerdo o acto tiene un objetivo meritorio, que al realizar un test de balanceo entre los efectos pro competitivos y los anticompetitivos de la conducta, la misma resulta positiva para la competencia inter-marca, que incrementa la beneficencia y el bienestar de los consumidores.

Sin embargo, esta ventana que la SIC le abre a la *Regla de la Razón*, resulta ser muy peligrosa para los empresarios, pues el test que propone la SIC es muy confuso. Por lo tanto en la práctica resulta imposible predecir lo que la autoridad va a decidir. Entonces el problema que hay con la evolución de estas dos reglas es la inseguridad jurídica, pues la normativa de competencia establece una prohibición y la autoridad establece que es posible que no la haya.

Es entendible que la evolución en USA haya sido de la manera descrita, pues se trata de un sistema de *common law*, en donde no hay derecho legislado como sí lo hay en Colombia, a pesar de que lo estamos rompiendo o trasgrediendo. La norma colombiana es muy clara en establecer que hay una prohibición para los acuerdos verticales, sin embargo, la autoridad indica que no es imposible demostrar que un acuerdo vertical de fijación de precios es legal.

En estas circunstancias lo que se le debe decir a los empresarios en relación con este tema, es lo siguiente:

- No se debe incurrir en acuerdos horizontales de fijación de precios porque están prohibidos por el Artículo 47(1) del Decreto 2153.
- No se debe intentar realizar una FUP de tipo vertical, porque la SIC ha considerado que el Artículo 9 de la Ley 155 de 1959 está derogado y porque la empresa puede resultar acusada de violar el Artículo 48(2) del Decreto 2153 por tratar de influenciar a otra empresa para que suba sus precios o se abstenga de bajarlos.
- No se debe tratar de obligar a los distribuidores a vender al precio deseado por el fabricante o mayorista mediante la NUC, porque esto será considerado como una violación del Artículo 48(3) del Decreto 2153.
- Resulta extremadamente riesgoso realizar un acuerdo vertical de fijación de precios entre los productores y sus distribuidores, porque esto resulta contrario al Artículo 47(1) del Decreto 2153, y aunque podría suceder que se pueda convencer a la SIC de que el acuerdo es meritorio y beneficia a la

competencia y a los consumidores, no existe claridad ni seguridad jurídica al respecto.

- Es posible determinar de manera unilateral precios de venta sugeridos al público, sin retaliaciones.

Por último, consideramos que la SIC debería promover un cambio de legislación con el fin de que resulte claro al nivel normativo que la autoridad puede adelantar un análisis de la *Regla de la Razón* frente todas las conductas anticompetitivas o por lo menos frente a las de carácter vertical. Adicionalmente y mientras que esto sucede, debería la SIC expedir unas guías que ayuden a los empresarios a comprender en qué casos las conductas verticales de precios pueden llegar a ser pro competitivas.

6. BIBLIOGRAFÍA

Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. (1984) "Antitrust Law Policy and Procedure". The Michie Company.

Alfonso Miranda Londoño, ANOTACIONES SOBRE EL DERECHO ANTIMONOPOLISTICO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Alfonso Miranda Londoño (1997) "LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS DE REPARTICION DE MERCADOS".

Alfonso Miranda Londoño (2013) COMPETENCIA VERTICAL INTRA-MARCAS. La tensión generada por las ventas directas.

Alfonso Miranda Londoño, Gabriel Ibarra Pardo (2016) El estado actual de la práctica de Fijación VERTICAL de Precios en Colombia

Alfonso Miranda Londoño (1997) "EL REGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA. Características Principales"