



EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN COLOMBIA

CARLOS IGNACIO ARBOLEDA SUÁREZ*

RESUMEN

Las normas colombianas de competencia prohíben el abuso de la posición de dominio por parte de los agentes que gozan de tal calidad. Aun cuando las conductas constitutivas de abuso parecen claras y directas, las interpretaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y autoridades de otras jurisdicciones le han dado un tratamiento más profundo y refinado al tema. Además, los precedentes recientes de la SIC frente a la relación entre la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y las conductas listadas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 abren la puerta a situaciones difíciles de anticipar.

* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá con especialización en Derecho de la Competencia y del Libre Comercio de la misma universidad, y LL.M. de University of Chicago. Actualmente es asociado del área de Competencia e Integraciones de la firma Brigard & Urrutia Abogados. Contacto: carboleda@bu.com.co

Palabras clave: abuso de posición de dominio; conducta unilateral; precios predatorios; ventas atadas; posición dominante.

ABUSE OF DOMINANCE IN COLOMBIAN COMPETITION LAW

ABSTRACT

Colombian law prohibits the abuse of a dominant position by agents who hold it in the market. Even though the conducts that constitute abuses seem clear and straightforward, interpretations by the Superintendence of Industry and Commerce (SIC) and authorities in other jurisdictions have deepened and refined this subject. In addition, recent SIC precedent on the relation between the general prohibition of anticompetitive conduct of Article 1 of Law 155 of 1959 and the listed conducts of Article 50 of Decree 2153 of 1992 have given rise to difficult situations.

Key words: *abuse of dominance; unilateral conduct; predatory pricing; tying; dominant position.*

I. INTRODUCCIÓN

El abuso de la posición de dominio supone limitar la conducta de un agente del mercado en una condición de superioridad frente a sus competidores. Sin embargo, el agente dominante no ha obtenido, en la gran mayoría de los casos, su posición ventajosa como resultado de un actuar ilegal o reprochable, sino a través de ser el elegido por los consumidores en virtud de méritos propios. De hecho, puede decirse que un agente es exitoso en un mercado, y el mejor competidor del mismo, cuando crece lo suficiente para obtener una posición de dominio.

No obstante, la Ley le impone al que ha logrado tal posición unas cargas y limitaciones adicionales en su actividad comercial, casi que castigando en lugar de premiando el esfuerzo realizado en el mercado. Las normas colombianas de competencia indican cuáles son esas limitaciones, no sin dejar áreas grises o interpretaciones de la autoridad que se prestan para confusión y, en ciertos casos, desconcierto.

El presente artículo comienza por presentar lo que se entiende por posición de dominio (Sección II), para luego entrar en las conductas que constituyen un abuso de la misma, con especial énfasis en la discusión sobre si la lista de conductas del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 es o no taxativa (Sección III). Finalmente, la Sección IV presenta algunas conclusiones e interrogantes.

II. LA POSICIÓN DE DOMINIO

La posición de dominio está definida en el artículo 45, numeral 5, del Decreto 2153 de 1992 como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Esta definición ha sido desarrollada por la SIC en múltiples decisiones, concluyendo que la posición de dominio se presenta cuando un agente del mercado puede comportarse con independencia de competidores, clientes y consumidores, de manera que puede imponer unilateralmente las condiciones del mercado sin que tal situación pueda ser efectivamente contrarrestada por los demás agentes¹.

Esta posición también ha sido expresada por la Corte Constitucional:

“Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite

1 Ver, entre otras, Resoluciones 4285 de 2002, 588 de 2003, 30835 de 2004, 22624 de 2005, y 17806 de 2006 de la SIC.

individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado”².

La posición de dominio no está *per se* prohibida; esto es, tener una posición de dominio no es ilegal ni anticompetitivo. Lo que es reprochable es abusar de la misma. Esto se desprende del artículo 333 de la Constitución Política, que establece que “[e]l Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.

En palabras de la SIC:

“Es importante resaltar que no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma. De hecho, debe permitirse que las empresas dominantes desarrollen en forma leal y razonable sus actividades económicas en el mercado en el que participan, aunque con esto aumenten su fuerza en el mercado. (...) Así, dentro de la lógica del sistema no se considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si ello no conduce a un beneficio injustificado para el agente dominante en perjuicio de los otros agentes del mercado.

En este sentido, no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el solo hecho de detentar una posición de dominio”³.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001.

3 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

En ese sentido, la posición de dominio no implica estar actuando de manera ilegal, ni busca la Ley desincentivar que un agente crezca en el mercado al punto que consiga una posición tal. Lo que se impone al agente con posición de dominio es “*un régimen especial de responsabilidad (...) [que] se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo (...), las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de un agente dominante*”⁴.

Ahora bien, ¿cuándo se entiende que un agente tiene una posición dominante? No existe, de acuerdo con la SIC, una fórmula rígida o un valor de referencia que implique una posición de dominio. Por el contrario, el análisis debe realizarse caso por caso:

*“[P]ara determinar la posición de dominio en un mercado relevante se debe analizar, en esencia, la estructura de competencia en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada, así como otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado. En concreto, la que se quiere determinar al analizar si una empresa tiene posición dominante es si dicho ente económico tiene la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado”*⁵.

En cuanto a la participación de mercado, no existe un umbral a partir del cual una empresa obtenga posición de dominio, teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo anterior, todas las características del mercado deben ser analizadas. No obstante, la participación de mercado es importante, pues “*resulta más pro-*

4 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

5 Resoluciones 4907 de 2013, 53403 de 2013 y 3694 de 2013 de la SIC.

bable que, por ejemplo, una empresa con 80% del mercado pueda comportarse de manera independiente de competidores, proveedores y consumidores, a que dicho comportamiento lo realice una empresa con 20% del mercado”⁶.

III. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

La posición de dominio, como se puso antes de presente, implica cargas adicionales que no se exigen a agentes que no están en esa posición. Esto pues la posibilidad de comportarse con independencia de los demás agentes del mercado abre las puertas a situaciones que no implicarían ninguna amenaza se convierta en una preocupación real.

De acuerdo con la SIC y la doctrina, las prácticas abusivas se pueden clasificar en dos categorías: abusos de explotación y abusos de exclusión:

“Los abusos de explotación son aquellos en que la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de los precios, la reducción de la calidad o la variedad de los productos, o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos.

Por su parte, los abusos de exclusión son aquellos en los que la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse”⁷.

El Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 trae una lista de las conductas constitutivas de posición de dominio, sin diferenciarlas

6 Resolución 22624 de 2005 de la SIC.

7 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

entre las de explotación y las de exclusión. Como se verá en detalle más adelante, esta norma incluye conductas de ambos tipos.

Antes de entrar en detalle a las conductas explícitamente listadas, es importante tener en cuenta que la SIC ha establecido que la lista del Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es exhaustiva, a pesar de que una interpretación literal parezca indicarlo así. Esta norma establece que *“cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas”*, y procede a listarlas. Esta redacción parece clara en que las conductas abusivas se limitan a aquéllas listadas, especialmente si la redacción se compara con la del Artículo 47 del mismo Decreto, que establece que *“se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos”*.

Es decir, la prohibición de acuerdos anticompetitivos incluye explícitamente el término *“entre otros”* previo a listar los acuerdos considerados anticompetitivos. No hay expresión tal en el artículo 50, por lo que parecería, a primera vista, que la lista de éste último no es meramente enunciativa.

No obstante, la opinión de la SIC es la contraria:

“La finalidad de la norma prevista en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es definir de manera exhaustiva qué debe entenderse por abuso de posición de dominio, sino que se circunscribe a establecer un listado indicativo de conductas que, de ser comprobadas, serían restrictivas de la libre competencia como ejercicio indebido de la posición dominante en el mercado. Comoquiera que eventualmente pueden configurarse otras conductas constitutivas de abuso por agentes que ostenten poder de mercado, es precisamente en este escenario en el que cobra particular relevancia la prohibición general de la que trata el artículo 1 de la Ley 155 de 1959”⁸.

Esta interpretación de la SIC resulta llamativa pues hace referencia a la intención de la norma de no ser exhaustiva. No es cla-

8 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

ro cómo puede la SIC llegar a tal conclusión teniendo en cuenta que tres artículos más atrás en la misma norma hay una lista que incluye explícitamente un “entre otros” para indudablemente no hacer la lista taxativa. Resulta difícil comprender que la finalidad de la norma sea no ser taxativa cuando el legislador se cercioró de que el artículo 47 no lo fuera.

Por otra parte, la SIC hace referencia a la prohibición general del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como la norma aplicable en aquellos casos de abuso de posición de dominio no listados en el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Esto parece contradictorio, pues si la lista del artículo 50 no es taxativa, las conductas no listadas deberían ser sancionables bajo esa norma, sin necesidad de recurrir a otra. No obstante, la SIC se remite a la prohibición general en esos casos.

¿Debe o no ser taxativa la lista del artículo 50? Los argumentos para ambos lados del debate son fuertes. Por el lado de la taxatividad, la lectura del artículo no deja dudas, máxime teniendo en cuenta la omisión del “*entre otros*” –o su similar– que sí está en el Artículo 47. Además, si a los agentes dominantes se les van a imponer unas restricciones especiales y adicionales a las que aplican al resto de agentes, lo más sensato es que sepan exacta y precisamente las conductas que les son prohibidas; por contraposición a que quede al arbitrio de la autoridad determinar qué está prohibido.

Del lado contrario, es posible argumentar que la taxatividad implica un riesgo al interés público, pues permitiría conductas que escapan al legislador pero que son ejecutadas en el mercado y que tienen el mismo efecto abusivo sobre los consumidores. De hecho, la prohibición general de la Ley 155 de 1959 y, si se quiere, la del Artículo 7 de la Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal son amplias para poder capturar conductas que evolucionan en un entorno dinámico como los mercados, y que no se prevén a la hora de legislar.

En últimas, sea o no taxativa la lista del Artículo 50, lo que sí resulta claro es que una conducta no listada en esa norma va a ser investigada y sancionada bajo la amplia prohibición general. De hecho, esto ya ha sucedido en dos casos anteriores: la sanción a la Federación Colombiano de Ganaderos (FEDEGAN) en 2012 y la sanción a Claro en 2013.

En 2012, la SIC investigó y sancionó a FEDEGAN, por abuso de posición de dominio en relación con el esquema de compra de la vacuna contra la fiebre aftosa. FEDEGAN era el único comprador de la vacuna en Colombia, por lo que tenía una posición de dominio en el mercado, y decidió que solamente iba a adquirir vacunas nacionales, a pesar de que las importadas contaban con autorización del ICA para su comercialización. La SIC determinó que tales conductas eran restrictivas de la competencia al violar *“lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992”*⁹.

Resulta interesante en este caso ver cómo la SIC determina, en últimas, que la infracción a la prohibición general es la imposición de los reglamentos técnicos que discriminaban las vacunas importadas, cuando esos mismos hechos dieron pie a encontrar una conducta contraria al artículo 50 al punto que los elementos probatorios, de acuerdo con la resolución de sanción, son los mismos para ambas violaciones.

Por otro lado, en 2013 la SIC investigó y sancionó a Claro por haber incurrido en prácticas anticompetitivas al negarse a desbloquear las bandas de los equipos móviles y por abultar las cifras de portabilidad reportadas por la compañía. Como en el caso de FEDEGAN, la SIC sancionó a Claro por infringir *“lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al realizar prácticas tendientes a limitar la libre competencia; y el numeral 6 del artículo*

9 Resolución 40912 de 2012 de la SIC.

50 del Decreto 2153 de 1992, al abusar de su posición de dominante (...), con fundamento en las conductas relacionadas con el bloqueo de las bandas de los equipos móviles (...)"¹⁰. Es decir, al igual que la conducta de FEDEGAN, una misma conducta fue analizada y sancionada bajo la prohibición general y una conducta listada de abuso de posición dominante.

No obstante, la segunda conducta de Claro, el abultamiento de cifras, sí fue distinta. Ésta fue únicamente sancionada por violar la prohibición general de la Ley 155 de 1959 sin que confluyera también una conducta listada en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. De acuerdo con la SIC:

“De esta forma, conductas que por acción u omisión deliberada resulten en la alteración sustancial de las cifras de portabilidad, derivan en una conducta tendiente a limitar la libre competencia, ya que afectan falsamente la posición de una empresa en el mercado (...). Más aún, para el caso de una empresa dominante, este tipo de mecanismos se erigen como formas idóneas para mantener una posición privilegiada en el mercado, por lo que en el presente caso resulta suficiente acreditar tal idoneidad y no su efecto como lo pretende la investigada”¹¹.

Lo anterior parece claro en indicar que la SIC sancionó el abultamiento de cifras como un abuso de posición dominante en la forma de una conducta no listada en el Decreto 2153, por lo que fue sancionada bajo la prohibición general. Sin embargo, el párrafo anterior deja algunas dudas. Si Claro no hubiera tenido posición de dominio, ¿se hubiera declarado ilegal? La primera frase parece indicar que también hubiera sido ilegal el abultamiento, y que la posición de dominio es un agravante que la hace una conducta *per se* ilegal, al terminar diciendo que cuando hay posición de dominio basta con acreditar la “*idoneidad y no su efecto*”. Es

10 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

11 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

importante tener en cuenta que la posición de dominio no es necesaria para violar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por lo que bien podría ser que la conducta, en el fondo, no es un abuso de posición de dominio.

a. Precios predatorios

La primera de las conductas listadas en el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 es “[l]a disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos”; conocidos como precios predatorios. La prohibición a un agente dominante en vender por debajo de costo se justifica en que el agente dominante, dada su posición, puede afrontar un periodo de pérdidas económicas para eliminar la competencia; una vez eliminada, el agente puede volver a incrementar los precios sin que exista ahora un oferente alternativo para los consumidores¹².

Para que la conducta se configure, la SIC ha establecido que se requiere **(i)** que el agente tenga posición de dominio, **(ii)** que haya una venta a un precio inferior a los costos, y **(iii)** que el agente actúe con la intención de eliminar la competencia¹³.

Es interesante ver cómo el derecho *antitrust* de los Estados Unidos le agrega un elemento adicional a la conducta: que exista una probabilidad real de que las pérdidas sostenidas por el agente mientras vendió por debajo de costo sean recuperadas. Como lo explicó la Corte Suprema de ese país:

“[L]a recuperación es el fin último de un esquema anticompetitivo de precios predatorios; es lo que permite al agente beneficiarse de su conducta. Sin posibilidad de recuperación, los precios predatorios

12 Resolución 30835 de 2004 de la SIC.

13 Resoluciones 30835 de 2004 y 22624 de 2005 de la SIC.

resultan en precios más bajos en el mercado, favoreciendo el bienestar del consumidor"¹⁴.

Existen tres argumentos a favor de incluir la posibilidad real de recuperación como elemento necesario para la configuración de la conducta. Por una parte, reducen el riesgo de caer en falsos positivos; esto es, exigir este requisito hace que no se persigan firmas que no son realmente dominantes y que sólo están compitiendo con precios agresivamente bajos. Por otro lado, si no hay posibilidad de recuperación, no hay daño al mercado pues el precio retornará a uno competitivo en lugar de a uno abusivamente alto que busque cubrir las pérdidas generadas. Finalmente, el análisis se vuelve económico –*¿está el agente en capacidad de cubrir sus pérdidas a través de precios supra-competitivos?*– en lugar de basarse en la intención del agente –*¿quería el agente dominante eliminar la competencia a través de precios por debajo del costo?*– lo que es preferible a la hora de investigar¹⁵.

Si bien en los Estados Unidos el requisito de recuperación existe, la SIC en Colombia, siguiendo el precedente de la Unión Europea¹⁶, no lo incluye como elemento para la configuración de la conducta.

Ahora bien, los precios predatorios implican una venta por debajo de costo. La pregunta es, ¿cuál costo? La SIC ha dicho que el costo relevante es el costo medio¹⁷. El costo medio tiene en cuenta tanto los costos variables como los costos fijos:

14 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco*, 509 U.S. 209 (1993) (traducción libre).

15 LESLIE, CHRISTOPHER R.; *Predatory Pricing and Recoupment*; Columbia Law Review, Vol. 113, No. 7; 2013.

16 Discurso de Philip Lowe: *EU Competition Practice on Predatory Pricing*; 2003.

17 Concepto 15-115115 de la SIC.

“[E]l precio de venta se determina con base en un costo total, en este caso compuesto por materia prima, mano de obra directa, carga fabril, gastos de comercialización y gastos financieros. Sin lugar a dudas, los rubros correspondientes a materia prima y mano de obra directa son por definición variables. Por su parte, los restantes rubros, esto es, carga fabril, gastos de comercialización y gastos financieros, involucran costos fijos y variables, y a pesar de ello, son tenidos en cuenta por el empresario al momento de determinar el precio de venta de cualquier producto.

Afirmar que los costos fijos no deben tenerse en cuenta para efectos de verificar la conducta predatoria, en tanto que son costos en los que la compañía hubiera incurrido, aún sin tener en cuenta el producto de que se trata, es desconocer los más elementales principios de microeconomía, según los cuales el precio total de un producto está dado por la sumatoria de los costos fijos, los costos variables y la utilidad”¹⁸.

En la Unión Europea, el examen es más detallado. Por una parte, los precios inferiores al costo variable medio siempre son abusivos, pues no hay explicación distinta para la venta por debajo de estos costos. Por otra parte, los precios por debajo del costo total medio, pero por encima del costo variable medio sólo son abusivos si se demuestra la intención del agente¹⁹.

La SIC parece, hasta cierto punto, haber adoptado una visión similar, al establecer que “no puede pasarse por alto que la fijación del precio a este nivel no resulta sostenible, ni siquiera en el corto plazo si se encuentra por debajo de su coste variable medio, pues de ser así, resultaría más rentable la retirada del mercado”²⁰. En ese sentido, parece haber tomado la idea de la Unión Europea de que no hay explicación para precios por debajo del costo variable medio; sin embargo, no fue tan lejos como para asegurar que un precio inferior a éstos siempre será abusivo.

18 Resolución 3370 de 2006 de la SIC.

19 Corte Europea de Justicia, Casos C-62/86 AKZO Chemie BV v Commission y T-51/89 Tetra Pak v Commission.

20 Resolución 22624 de 2005 de la SIC.

En últimas, el análisis de los precios predatorios de la SIC se centra en la intención del agente, lo cual es un elemento difícil de probar en un proceso. Si la posición de dominio y la venta por debajo del costo variable medio ya ponen un alto estándar en la práctica, sumarle la prueba de un elemento completamente subjetivo hace esta conducta difícil de investigar, para la SIC, y defender, para el investigado.

b. Discriminación

El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 trae dos tipos de discriminación constitutiva de abuso de posición de dominio. Por una parte, el Numeral 2° prohíbe “[l]a 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”, mientras que el 4° prohíbe “[l]a 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”.

Es decir, por una parte, se prohíbe la discriminación de consumidores o proveedores que estén en situaciones análogas; por la otra, se prohíbe la aplicación de condiciones diferentes cuando haya una intención de eliminar a la competencia. Resulta, entonces, que la prohibición del Numeral 4° es más amplia que la del Numeral 2°, al sólo requerir un trato diferenciado y no una discriminación; sin embargo, en el caso del numeral 4° hay que probar el elemento subjetivo de la intención del agente dominante de eliminar la competencia.

Es importante tener en cuenta que no todo trato diferenciado es una discriminación:

“Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere <sic> además, que esa diferencia

en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia”²¹.

En ese orden de ideas, se entiende que la discriminación es un trato diferenciado agravado. Esto es, la discriminación es un trato diferenciado e injustificado.

Luego, para que se configure la conducta del Numeral 2° del Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 se requiere: **(i)** que el agente dominante aplique un trato diferenciado, **(ii)** que los sujetos pasivos tratados diferencialmente estén en condiciones análogas, **(iii)** que ese trato diferenciado ponga a uno de los sujetos pasivos en desventaja frente al otro, y **(iv)** que no haya justificación para tal trato diferenciado.

Frente a qué se entiende por condiciones análogas, la SIC ha establecido:

“Así, 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”²².

Frente a la discriminación, es importante hacer dos precisiones. Primero, la carga de probar la justificación para un trato di-

21 Resolución 588 de 2003 de la SIC.

22 Resolución 588 de 2003 de la SIC.

ferenciado está en cabeza del agente dominante; esto es, no es la SIC la llamada a probar que no existe justificación para la conducta²³. Segundo, en los casos de monopsonio, donde hay un solo comprador, éste no está obligado a comprar a todos los oferentes, sino a no aplicar condiciones discriminatorias; “[e]n otras palabras, no puede exigírsele a un monopsonista comprar en partes iguales a todos sus oferentes por el hecho de participar en el mercado en condiciones análogas”²⁴.

Por su parte, para que se configure la conducta del Numeral 4° del Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 se requiere: **(i)** que el agente dominante imponga condiciones diferenciadas a un comprador frente a otro, y **(ii)** que la intención del agente dominante sea eliminar la competencia.

La discriminación, o el trato diferenciado con intención de eliminar la competencia, se ven generalmente en el otorgamiento de descuentos por parte de la empresa dominante. Cuando un agente con posición de dominio da descuentos a un comprador y no a otro en condiciones análogas, afecta al mercado por cuanto el primero recibe una clara ventaja que no se le da al segundo, ya sea injustificadamente o con la intención de sacarlo del mercado.

Resulta interesante que el derecho *Antitrust* estadounidense entendía que los esquemas sobre descuentos que no fueran predatorios no eran anticompetitivos. Es decir, si el precio posdescuento no resultaba inferior a los costos, no se entendía ilegal²⁵. Sin embargo, decisiones más recientes han entendido que los descuentos no-predatorios pueden resultar abusivos²⁶.

23 Resolución 4285 de 2002 de la SIC.

24 Resolución 40912 de 2013 de la SIC.

25 Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco*, 509 U.S. 209 (1993)

26 Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito, *ZF Meritor v. Eaton*, 696 F.3d 254 (3d Cir. 2012)

Frente a los descuentos, la SIC ha dicho:

“Para esta Entidad el otorgamiento de descuentos constituye una estrategia perfectamente válida en oportunidades tales como el pretender ingresar a un mercado, el de vender rápidamente mercancías que se están volviendo obsoletas, o el de recaudar rápidamente fondos para cubrir déficit de caja, incluso teniendo posición de dominio. Lo que está prohibido es que a través de una política de descuentos, una empresa con posición de dominio en el mercado pueda abusar de dicha posición, como por ejemplo, estableciendo precios de venta por debajo de los costos, o como en el presente caso, que dichos descuentos sean el instrumento idóneo para establecer discriminaciones entre usuarios de servicios de condiciones análogas en el mercado relevante definido, pues es allí cuando el comportamiento pasa de ser una simple estrategia comercial a convertirse en una práctica comercial restrictiva”²⁷.

En conclusión, el tratamiento diferenciado ofrecido por un agente dominante puede resultar abusivo por dos razones. Lo es o por ser discriminatorio –diferenciado e injustificado– de compradores en situaciones análogas, o porque la intención del agente es eliminar la competencia. Son mucho más comunes las investigaciones sobre el primero, principalmente porque la carga de la prueba para la SIC es mucho más sencilla; no debe probar la intención anticompetitiva del agente sino sólo el trato diferenciado, la desventaja para uno de los sujetos pasivos y las condiciones análogas, siendo además la carga del investigado demostrar que hay una justificación.

c. Ventas atadas

El Numeral 3° del Decreto 2153 de 1992 prohíbe conductas “*que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que*

27 Resolución 4285 de 2002 de la SIC.

por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones”; conducta conocida como ventas atadas.

Resulta interesante ver cómo esta es una de las dos conductas constitutivas de abuso de la posición de dominio que está prohibida tanto por objeto como por efecto, junto con la discriminación geográfica de precios, al menos en la redacción literal de la norma.

Las ventas atadas son un abuso de la posición dominante por cuanto un agente con tal posición en un mercado aprovecha tal situación para amarrar clientes en otro mercado. Tal vez el ejemplo más claro es uno de la vida real: la sanción impuesta a las Empresas Públicas de Medellín (EPM) en 2003. EPM fue sancionado al no permitir que los consumidores contrataran el servicio de Internet por fibra óptica si no contrataban también el de televisión por cable. La posición de dominio en el mercado de Internet permitía a EPM apalancar su conducta en el mercado de televisión por cable.

La SIC ha establecido que las ventas atadas producen efectos negativos sobre competidores y consumidores simultáneamente. A los primeros, pues restringe el acceso al mercado al obligar a los consumidores a contratar con quien realiza la venta atada; a los segundos pues limita su libertad de elección²⁸. En últimas, es un tema de eficiencia: las ventas atadas obligan a un consumidor a adquirir un bien o servicio que podría obtener de otro proveedor, lo que resulta en ineficiencias si el producto amarrado es más costoso, de menor calidad o no es valorado de la misma forma por el consumidor.

La clave para que exista una venta atada es que los productos sean distintos, lo que sucede si, en ausencia de la conducta, parte sustancial de los consumidores no adquirirían el producto atado del mismo oferente de quien adquieren el producto que les interesa²⁹. De acuerdo con la *International Competition Network*:

28 Resolución 8328 de 2003 de la SIC.

29 Resolución 40912 de 2012 de la SIC.

“La cuestión de si dos productos se deben considerar como separados se basa en la existencia de suficiente demanda del producto atado como para que se pudiera ofrecer de manera independiente. Las autoridades usan varios factores para determinar esto.

El análisis de “suficiente demanda” comienza por considerar el número de clientes que comprarían el producto atado de un productor distinto, si tuvieran la opción de hacerlo. Se entenderá que los productos son distintos si el número de consumidores que comprarían el producto atado de otro productor es suficiente para que la venta del producto atado (...) sea un negocio viable”³⁰.

Entonces, para que se configure la conducta se requiere que dos productos distintos -esto es, que el consumidor pudiera y quisiera adquirir separadamente- sean vendidos conjuntamente, sin que el consumidor pueda optar por no adquirir uno de los dos. Para la SIC el test consiste en “(i) la verificación de la posición dominante; (ii) la singularización del producto vinculante y vinculado; (iii) la configuración del factor de coerción y (iv) la existencia de eficiencias que justifiquen la conducta”³¹. Se puede entender que el último factor, las eficiencias que justifiquen la conducta, son precisamente que los productos no sean “*distintos*”, pues es difícil argumentar que pueda existir una justificación diferente.

Por último, en el derecho comparado se habla de ventas atadas como tal, *tying*, y ventas en paquete, *bundling*. Éstas últimas se categorizan en dos: **(i)** las ventas en paquete puras, *pure bundling*, que se asimilan a las ventas atadas pues suponen la venta de dos productos sin que se puedan adquirir por separado a pesar de estar relacionados (por ejemplo, una revista en físico y la suscripción

30 ICN Unilateral Conduct Working Group, *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 6: Tying and Bundling* (2015) (traducción libre). Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/2014-15/icn%20unilateral%20conduct%20workbook%20-%20chapter%206%20tying%20and%20bundling.pdf>

31 Resolución 40912 de 2012 de la SIC.

digital a la misma), y (ii) las ventas en paquete mixtas, *mixed bundling*, donde se ofrecen dos productos a un precio menor si se compran juntos, pero que el consumidor podría optar por comprar por separado de proveedores diferentes³² (por ejemplo, servicio de internet y servicio de telefonía).

A pesar de que la SIC no se ha referido a las ventas conjuntas, se entiende que las mixtas no están prohibidas al no ser una venta atada, pues los productos se podrían adquirir por separado. Sin embargo, este tipo de ventas podría configurar una discriminación u otro abuso de posición de dominio (por ejemplo, si se hace con la intención de eliminar a un competidor).

d. Discriminación geográfica de precios

El Numeral 5° del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 considera un abuso de la posición de dominio “[v]ender 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”.

Esta conducta es poco común de encontrar, toda vez que probar una discriminación geográfica de precios es difícil. La intención de la norma parece ser el impedir que un agente dominante elimine la competencia a través de ventas a precios bajos en una zona específica donde haya un competidor pequeño que no pueda competir a esos precios.

32 ICN Unilateral Conduct Working Group, *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 6: Tying and Bundling* (2015). Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/2014-15/icn%20unilateral%20conduct%20workbook%20-%20chapter%206%20tying%20and%20bundling.pdf>

Es interesante ver que la norma prohíbe la venta a precios diferentes que no necesariamente deben ser predatorios. Es decir, si una empresa dominante vende a precios bajos, pero estando igual por encima de sus costos, y su intención es eliminar a un competidor, la conducta es igualmente abusiva.

Esta situación peculiar explica por qué es tan poco común encontrar esta conducta en el mercado. La empresa dominante seguramente es más eficiente que los competidores pequeños, por lo que sus costos son inferiores y puede vender a precios más bajos. Esta justificación bastaría para entrar en la excepción de la frase final de la norma. Además, la norma requiere que se pruebe la intención de eliminar la competencia.

Es sorprendente que la Ley colombiana sancione los precios bajos, siendo que son el principal beneficio para el consumidor en un ambiente competitivo. Además, un oferente venderá a precios más bajos pues quiere desviar la clientela de sus competidores. Si éstos no son eficientes o no pueden competir, serán eliminados del mercado como resultado normal de un proceso competitivo, no por una conducta abusiva. Lo contrario pasa con los precios predatorios, pues esa conducta es incurrir deliberadamente en pérdidas para poder subir los precios una vez la competencia sea eliminada.

e. Obstrucción de acceso al mercado

La última conducta listada en la ley como abuso de la posición de dominio es “[o]bstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”. Esta conducta es mucho más amplia y general que las demás, sin hacer referencia a un acto específico (vender por debajo del costo, discriminar, etc.) sino a cualquiera que constituya una obstrucción a la entrada.

No obstante, la SIC ha establecido que la conducta no es *per se* ilegal, pues “*al no ser una conducta de aquellas denominadas <sic> “por objeto” la demostración de la obstrucción o de la*

*forma como se impidió o de que efectivamente se hubiera podido impedir el acceso a los mercados o a los canales de comercialización si resulta necesaria y no puede considerarse como un elemento ajeno o adicional a la norma en cuestión*³³.

Este Numeral es casi una pequeña prohibición general contra los actos abusivos que no quepan dentro de las conductas específicamente listadas en los numerales 1 al 5 del Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, en la sanción a Claro de 2013, mencionada anteriormente, la SIC encontró que el abultamiento de cifras tampoco cabía en este numeral, pues no se probó “*que el abultamiento de cifras hubiese derivado en una obstrucción directa para los competidores de COMCEL, imposibilitándoles de forma efectiva el acceso al mercado*”³⁴.

IV. CONCLUSIONES

El abuso de la posición de dominio es un tema casi polémico en el Derecho de la Competencia. Conseguir una posición dominante es señal de innovación, desarrollo, competencia e ingenio; después de todo, la empresa que la consigue es, la mayoría de las veces, considerada exitosa. Sin embargo, es también apenas natural que el agente dominante no quiera perder su posición, y es allí donde su actuar puede salirse del marco de lo aceptable.

No obstante, las restricciones al agente dominante pueden verse como conductas comerciales normales en el mercado; de hecho, tan lo son que no son consideradas ilegales si las realiza un competidor que no goce de posición de dominio. Por ello, es importante que la Ley, y la interpretación de la autoridad, sean claros en delimitar los alcances de las restricciones, para que los agentes del mercado tengan claro hasta dónde puede llegar su comportamiento.

33 Resolución 40912 de 2012 de la SIC.

34 Resolución 53403 de 2013 de la SIC.

Por otro lado, también es cierto que el mercado es un ambiente dinámico, por lo que la Ley no puede prever conductas que en un futuro resulten restrictivas. Por ello, una interpretación amplia de las normas de competencia se justifica, pues lo contrario sería aceptar abusos que amenazan o dañan la competencia por el hecho de no haber sido explícitamente previstos por el legislador al redactar la Ley.

Por último, queda la idea de que el abuso de la posición de dominio es un ámbito excepcional. La competencia querría que no existieran tales posiciones, pues el objetivo de un mercado no es que haya un agente que puede comportarse con independencia y fijar las condiciones del mismo. Las restricciones, entonces, se justifican en un balance entre mantener la competencia efectiva a pesar de la presencia de un competidor dominante y el derecho que éste se ha hecho a su posición -la posición de dominio *per se* no es ilegal. Al final, y después de todo, “*con un gran poder viene una gran responsabilidad*”.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001
- Corte Europea de Justicia, Caso C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission*
- Corte Europea de Justicia, Caso T-51/89 *Tetra Pak v Commission*
- Corte de Apelaciones para el Tercer Circuito, *ZF Meritor v. Eaton*, 696 F.3d 254 (3d Cir. 2012)
- Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco*, 509 U.S. 209 (1993)
- Discurso de Philip Lowe: EU Competition Practice on Predatory Pricing; 2003
- International Competition Network Unilateral Conduct Working Group, *Unilateral Conduct Workbook, Chapter 6: Tying and Bundling* (2015)

Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/2014-15/icn%20unilateral%20conduct%20workbook%20-%20chapter%206%20tying%20and%20bundling.pdf>

JONES, A.; SUFRIN, B.; *EU Competition Law*; Cuarta Edición; Oxford University Press; 2011

LESLIE, CHRISTOPHER R.; *Predatory Pricing and Recoupment*; Columbia Law Review, Vol. 113, No. 7; 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 15-115115

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4285 de 2002

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 588 de 2003

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 30835 de 2004

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 22624 de 2005

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 3370 de 2006

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 17806 de 2006

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 40912 de 2012

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 3694 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 4907 de 2013

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 53403 de 2013