

“COMPETENCIA VERTICAL INTRA-MARCAS” La tensión generada por las ventas directas

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., Marzo de 2013

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	2
RESUMEN:.....	3
ABSTRACT	3
1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA.....	5
2. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE UN PRODUCTOR QUE SE INVOLUCRA EN VENTAS DIRECTAS Y SU CANAL DE DISTRIBUCIÓN.....	6
2.1 COMPETENCIA DESLEAL	7
2.1.1 Violación de la prohibición general.....	7
2.1.2 Desviación de la clientela	7
2.1.3 Inducción a infringir deberes contractuales.....	8
2.1.4 Violación a leyes y regulaciones	8
2.1.5 Cláusulas de Exclusividad.....	8
2.1.6 Posibles contingencias	8
2.2 PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	9
2.2.1 Violación a la prohibición general.....	9
2.2.2 Acuerdos de Fijación de Precios Verticales	9
2.2.3 Acuerdos de discriminación	10
2.2.4 Distribución vertical del mercado.....	10
2.2.5 Otros acuerdos restrictivos específicamente prohibidos por la ley	11
2.2.6 Actos anticompetitivos contra el distribuidor.....	12
2.2.7 Abuso de la posición dominante del fabricante contra el distribuidor	13
2.3 El caso del cemento.....	14
2.4 INTEGRACIONES EMPRESARIALES.....	16
2.4.1 Definición de integraciones empresariales.....	16
2.4.2 El Deber de Informar o Notificar las Integraciones	16
3. PROCEDIMIENTO.....	17
4. CONCLUSIONES Y PRECAUCIONES.....	18
5. TABLA DE AUTORIDADES	19
5.1. ESTATUTOS	20
5.2 CASOS.....	20

COMPETENCIA VERTICAL INTRA-MARCAS **La tensión generada por las ventas directas**

Por:

Alfonso Miranda Londoño¹

Resumen:

Este documento discute los posibles inconvenientes que, desde el punto de vista del derecho de la competencia y de la competencia desleal, se podrían originar entre el productor y su canal de distribución por la competencia vertical intra-marcas, cuando el productor se involucra en ventas directas. Este documento considera estos asuntos bajo la lupa del derecho de la competencia colombiano.

La competencia intra-marcas que se presenta entre un productor que se compromete en ventas directas y su canal de distribución independiente, crea una situación delicada, en la que los agentes o distribuidores pueden sentir, fácilmente, que el productor discrimina contra ellos, o que su conducta constituye una conducta de competencia desleal.

Desde la perspectiva de la autoridad de competencia en Colombia, la relación vertical entre el productor y sus distribuidores genera preguntas relacionadas con acuerdos verticales, abuso de la posición dominante, competencia desleal e, incluso, integraciones empresariales.

Abstract

This document will discuss the potential antitrust and unfair trade issues that vertical intra-brand competition can create between the producer and its distribution channel, when the producer engages in direct sales. The document takes into consideration these issues under Colombian Competition Law.

The intra-brand competition between a manufacturer that engages in direct sales and its independent distribution channel creates a delicate situation in which the agents or distributors can easily feel that the producer is discriminating against them or that his conduct amounts to unfair trade.

¹Abogado y socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia –CEDEC. Socio de la firma *Esguerra Barrera Arriaga*. E-mail: amirandal62@mac.com

From the perspective of the Colombian competition authority, the vertical relationship between the manufacturer and the distributors raises questions related to vertical agreements, abuse of dominance, unfair trade and merger review.

1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

Como la mayoría de los países en América Latina, Colombia expidió por primera vez una normativa de Libre Competencia a finales de los años cincuenta, bajo la influencia política y académica de los Estados Unidos y la Unión Europea. Sin embargo, estas normas no se aplicaron en este primer momento, sobretodo porque en este país se había adoptado un modelo económico de carácter proteccionista, que no favorecía un ambiente competitivo.

Se debe reconocer que, a pesar de que Colombia cuenta con una ley sobre derecho de la competencia desde 1959, este modelo proteccionista, que se aplicó de manera generalizada a lo largo y ancho de América Latina, impidió que ésta fuera eficaz. No fue sino hasta la década de los 90, después del Consenso de Washington, que Colombia incluyó al principio de Libre Competencia en el artículo 333 de su Constitución Política²; así, se cambió el modelo económico de este país, para abrir los mercados al comercio internacional. Fue en este contexto que se expidió el Decreto 2153 de 1992, que representa un acercamiento moderno al derecho de la competencia.

Las leyes de libre competencia en Colombia hacen referencia a: **(i)** Protección de la competencia, **(ii)** Competencia Desleal, **(iii)** Protección al consumidor y **(iv)** Metrología.

Las normas de protección de la competencia hacen referencia a acuerdos anticompetitivos, actos anticompetitivos, abuso de la posición dominante e incumplimiento de la regulación de integraciones empresariales.

Se debe tener en cuenta que las normas de protección de la competencia se pueden dividir en dos regímenes: Uno general, que aplica a todos los sectores de la economía y actividades económicas que no estén sujetos a normas especiales de competencia, y otros particulares o especiales, conformados por reglas expedidas especialmente para ciertos sectores, cuyas características o naturaleza requieren de una regulación específica³.

² “**Artículo 333.-** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

³ En Colombia, hay regímenes especiales para los Sectores Financiero y Asegurador, de las Telecomunicaciones, de los Servicios Públicos Domiciliarios, Eléctrico, de la Salud y Transportador.

Las leyes de competencia en Colombia contienen una lista de conductas especialmente prohibidas. Cuando una compañía incurre en alguna de las prohibiciones descritas en los artículos 47, 48 o 50 del Decreto 2153, la conducta se analiza por la autoridad de la libre competencia en una manera similar a la del sistema de análisis de la *Regla Per Se*. En estos casos, la única defensa posible para la empresa acusada consiste en demostrar que la misma no incurrió en la conducta alegada. Argumentos relacionados con los efectos pro-competitivos de la conducta, por ejemplo, probablemente no sean considerados.

Por otro lado, si a conducta no encaja en ninguna de las prohibiciones específicas definidas en la ley, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), investigará la infracción bajo la prohibición general, que se incluyó en el artículo 1º de la ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992. Las conductas que se investiguen bajo esas previsiones serán analizadas por la autoridad en una manera muy similar a la Regla de la Razón. Este sistema de análisis permite que la autoridad considere la naturaleza, el propósito y el efecto de la conducta y que haga un balance de los efectos anticompetitivos y pro-competitivos de la conducta investigada para el mercado.

En general, se puede decir que la autoridad considerará que una conducta horizontal tiene mayor potencial anticompetitivo que una conducta vertical. Hay conductas prohibidas que se refieren específicamente a acuerdos horizontales, como la contenida en el numeral 3º del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, que crea una prohibición *per se* contra los que hagan un acuerdo con el objeto o el efecto de distribuir el mercado de manera horizontal. Lo anterior no significa que las distribuciones de mercado verticales estén permitidas en todos los casos, sino que la autoridad debe estudiar estos acuerdos individualmente, usando la regla de la razón.

2. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN ENTRE UN PRODUCTOR QUE SE INVOLUCRA EN VENTAS DIRECTAS Y SU CANAL DE DISTRIBUCIÓN

Si un productor se involucra en ventas directas y, al mismo tiempo, usa un canal de distribución independiente, pueden surgir dudas interesantes en relación con la competencia vertical intra-marcas que esta situación crea entre el productor y su canal de distribución.

La competencia intra-marcas que se presenta entre un productor que se involucra en ventas directas y su canal de distribución independiente, crea una situación delicada, en la que los agentes o distribuidores pueden sentir, fácilmente, que el productor discrimina contra ellos, o que su conducta constituye una conducta de competencia desleal.

Desde la perspectiva de la SIC, la relación vertical que se presenta entre el productor y los distribuidores genera cuestiones relacionadas con acuerdos verticales, abuso de la posición dominante, competencia desleal e, incluso, integraciones empresariales.

2.1 Competencia desleal

En una situación como la descrita más arriba, el productor podría usar su posición para adquirir beneficios no relacionados con su eficiencia, sino con su relación con sus distribuidores. Estos beneficios, pues, serían fruto de una conducta de competencia desleal.

La Ley de Competencia Desleal (LCD), define varias clases de conductas desleales que se podrían analizar en una situación como la descrita.

2.1.1 Violación de la prohibición general

El artículo 7º de la LCD contiene una prohibición general en contra de las conductas de competencia desleal. Este artículo reza así:

Artículo 7o.- Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

Un productor que venda sus productos mediante distribuidores independientes y que tenga también una infraestructura para realizar sus propias ventas directas, podría diseñar fácilmente una estrategia para favorecer la estructura de sus propias ventas, en detrimento de sus distribuidores. Este tipo de estrategias, que consistiría en fijar condiciones, descuentos y otras medidas comerciales, podrían resultar en una violación de la LCD.

2.1.2 Desviación de la clientela

El artículo 8º de esta misma ley prohíbe atraer clientes de otra compañía por medio del empleo de conductas que vayan en contra de las sanas costumbres mercantiles. En el caso que se estudia, un productor podría, fácilmente, usar la información dada por sus distribuidores para desviar su clientela por medio de sus propias ventas directas.

Es importante, por ende, que las partes acuerden que la información que los distribuidores presenten al productor sea confidencial o estratégica; podría ser, incluso, un secreto comercial o industrial, caso en el cual estaría prohibido que el productor, bajo el artículo 16 de la LCD, violara dichos secretos comerciales, y derivara utilidad de los mismos.

2.1.3 Inducción a infringir deberes contractuales

Bajo el artículo 17 de la LCD, se considera desleal “la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. Esta prohibición se debe analizar de manera conjunta con la incluida en el artículo 9º de la LCD, que considera desleal “toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”. En el caso que se estudia, el productor tiene información de sus distribuidores suficiente, y podría tratar de producir cualquiera de los efectos mencionados.

2.1.4 Violación a leyes y regulaciones

Bajo el artículo 18 de la LCD, se considera que una compañía incurre en competencia desleal cuando obtiene, efectivamente, una ventaja significativa en el mercado sobre sus competidores, mediante la violación de una norma o regulación. En el caso que se ha discutido en el presente escrito, se puede decir que el productor puede ser acusado por el distribuidor por violar las normas relativas a las prácticas restrictivas de la competencia. Estas normas se analizarán en el capítulo que sigue.

2.1.5 Cláusulas de Exclusividad

Finalmente, se puede decir que, bajo el artículo 19 de la Ley 256, se considera como una conducta de competencia desleal el crear cláusulas de exclusividad en contratos de suministro, si éstas tienen el propósito o el efecto de impedir el acceso de los competidores al mercado o de monopolizar los canales de distribución. En este caso, es probable que el distribuidor como tal no sea quien realice la acusación, ya que éste sería parte del acuerdo, sino que ésta la haga un tercero, como, por ejemplo, otra compañía que quiera ser el distribuidora en la misma zona y que no pueda participar en la red.

2.1.6 Posibles contingencias

Podríamos decir que la competencia desleal en Colombia puede llevar a dos posibles contingencias:

- a) La jurisdiccional, en la que el competidor afectado podría demandar el acto de competencia desleal por los perjuicios generados por dicho acto (se debe aclarar que en Colombia no existen los llamados *daños punitivos*), o
- b) La administrativa, en la que la autoridad nacional de competencia podría investigar el caso e imponer multas contra quien haya incurrido en actos de competencia desleal.

2.2 Prácticas restrictivas de la competencia

Conductas como las ya descritas pueden ser consideradas, también, como las prácticas restrictivas de la competencia. El haber cometido una de estas conductas es motivo suficiente para que la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC, inicie una investigación administrativa por la violación de las leyes de competencia.

2.2.1 Violación a la prohibición general

Las conductas descritas pueden ser investigadas, en primer lugar, por ser violatorias a la prohibición general de prácticas anticompetitivas, contenida en el artículo 1º de la ley 155 de 1959, en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992. El artículo 1º de la ley 155 de 1959 establece lo siguiente:

Artículo 1º.- [Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963].
Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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, 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.

Dichas investigaciones serán adelantadas por la SIC bajo el sistema de análisis de la *Regla de la Razón*.

2.2.2 Acuerdos de Fijación de Precios Verticales

El productor y sus distribuidores deben cuidarse también de no incurrir en acuerdos anticompetitivos, como lo son los acuerdos de fijación de precios.

En concordancia con el numeral 1º de artículo 47 del Decreto 2153, el productor y el distribuidor podrían ser investigados por incurrir en una fijación de precios vertical. Como en muchas otras jurisdicciones, en Colombia la fijación de precios horizontal representa la infracción más básica de las leyes de competencia. Así, el numeral 1º del artículo 47 del decreto 2153 define como ilegal *per se* a todos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. La ley no distingue entre precios máximos y mínimos ni entre fijación de precios horizontal o vertical. Se considera que, tanto los acuerdos de fijación de precios verticales como los horizontales se prohíben expresamente, y, por ende, son *per se* ilegales.

Por esa razón, el productor no puede imponer precios ni realizar acuerdos con sus distribuidores para fijar precios de venta. De la misma manera, es importante que los distribuidores o los minoristas no acuerden fijar precios por su propia cuenta, porque esos acuerdos horizontales también son ilegales *per se*.

2.2.3 Acuerdos de discriminación

El estándar de la discriminación en la ley de competencia en Colombia parte del artículo 13 de la Constitución Política de este país, que garantiza el principio de igualdad bajo la ley. La Corte Constitucional colombiana ha interpretado este principio bajo el principio aristotélico de justicia distributiva: “igualdad para los iguales”.

Se encuentra una referencia a la discriminación en la lista de acuerdos y conductas de abuso de la posición de dominio.

El productor y sus distribuidores deben tener cuidado de no entrar en un acuerdo en el que se discrimine a terceros en violación al numeral 2º del artículo 47 del Decreto 2153, que prohíbe, específicamente, realizar un acuerdo que tenga por objeto o como efecto establecer condiciones de venta o comercialización que sean discriminatorias para con terceros.

Como se verá en este documento, además de esta forma de discriminación, es también posible discriminar como una forma de abuso de la posición dominante.

2.2.4 Distribución vertical del mercado

De acuerdo al numeral 3º del artículo 47 del Decreto 2153, se considera como ilegal *per se* entrar en acuerdos horizontales de distribución del mercado. La distribución vertical del mercado no se prohíbe de manera expresa por ley; esto no significa que estos sean siempre legales. Estos acuerdos deberán ser analizados por la *regla de la razón*, bajo la prohibición general contenida en el artículo 1º de la ley 155 de 1959, en

concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153, con un análisis similar al utilizado por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de *Continental TV. Vs. GTE Sylvania*.

En 1999, la SIC inició una investigación contra tres compañías productoras de gaseosas, a saber: Postobón, Panamco (Coca-Cola) y Bavaria, en la resolución 19644 de 2000. La SIC acusó a las compañías de gaseosa y a sus distribuidores por hacer acuerdos horizontales y verticales de fijación de precios, violando el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153, y por realizar una distribución del mercado horizontal y vertical, contraviniendo al numeral 3º de este mismo artículo.

Las compañías investigadas explicaron que no habían realizado acuerdos de fijación de precios horizontales ni verticales. Argumentaron que los productores, de manera unilateral, impusieron a los distribuidores el precio al que debían vender su producto a los minoristas. En consideración a la distribución del mercado, los productores argumentaron que ellos no tenían un acuerdo horizontal, sino que le daban territorios a sus distribuidores para reducir costos e incrementar la eficiencia en su canal de distribución, y, de esta manera, aumentar la competencia inter-marcas en el mercado. Las compañías pudieron convencer a la autoridad que no había violaciones *per se*, y que, bajo el análisis de la *regla de la razón*, la conducta de imponer precios de manera unilateral a sus distribuidores y la de darles territorios con propósitos logísticos, tenía efectos pro-competitivos e incentivaba la competencia inter-marcas. La SIC aceptó este argumento.

Como se puede ver en la sección 2.1.5, las cláusulas de exclusividad entre un productor y sus distribuidores se puede investigar también como una práctica de competencia desleal, bajo el artículo 19 de la Ley 256. De acuerdo a este artículo, se considera como una conducta desleal el realizar un acuerdo de exclusividad en contratos de suministro, si éste tiene por objeto o como efecto impedir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar los canales de distribución.

2.2.5 Otros acuerdos restrictivos específicamente prohibidos por la ley

Hay, sin embargo, otros acuerdos restrictivos de la competencia que se prohíben de manera específica, y se consideran como ilegales *per se*, incluso si se realizan entre un productor y su distribuidor, de conformidad con el artículo 47 del decreto 2153:

- Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro, de acuerdo al numeral 4º de este artículo.
- De acuerdo al numeral 6º de este artículo, se prohíben los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos,
- Se prohíben también, de conformidad con el numeral 7º de este mismo artículo, los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por

su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

- Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar su niveles de producción, se prohíben con el numeral 8º de este artículo.
- Por último, el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 prohíbe de manera específica lo que se conoce en el derecho anglosajón como *Bid Rigging*, es decir, los acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

2.2.6 Actos anticompetitivos contra el distribuidor

Ha habido un debate intenso en Colombia en consideración a la legalidad de la fijación unilateral de precios –FUP. Esto se debe a que el artículo 9º de la ley 155 permitía, explícitamente, que los productores fijaran un precio final de venta a los consumidores, caso en el cual los productores, sus distribuidores y los minoristas independientes tendrían la obligación de aplicar esos precios. De la misma manera, la antigua Ley de Protección al Consumidor, el Decreto 3466 de 1982, permitía explícitamente que los productores y los mayoristas fijaran un precio de venta al público.

Por más de que el artículo 9º de la ley 155 no haya sido derogado explícitamente, la SIC, respaldada por el Consejo de Estado, ha interpretado que hubo una derogatoria tácita de esta norma que se dio, en su concepto, por la expedición de la Constitución de 1991. Por otro lado, el Decreto 3466 se reemplazó enteramente por el nuevo Estatuto de Protección al Consumidor (Ley 1480 de 2011), y la nueva norma no se refiere a la FUP.

Finalmente, el numeral 2º del artículo 48 del Decreto 2153 prohíbe influenciar a otra compañía a incrementar sus precios o a abstenerse de reducirlos, y el numeral 3º de este mismo artículo prohíbe la conducta de negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

En 1999, la SIC, en sus resoluciones 27263 de 1999 y 13514 de 2000, decidió el caso de un mayorista de equipos de medición de agua, Medidores Tavira. Esta compañía fue sancionada por la SIC por influenciar a sus distribuidores a subir sus precios o a desistir de su intención de rebajarlos. La decisión se cuestionó ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, y el Consejo de Estado sostuvo la decisión de la SIC.

En 2001, la SIC decidió, en sus resoluciones 8231 de 2001 y 20229 de 2001, sancionar a la compañía chocolatera Casa Luker por influenciar a Makro, uno de sus distribuidores, a mantener los precios de sus productos, por más de que se los

hubieran vendido con un 7% de descuento. Luker fue multada por la SIC. Cuando esta controversia llegó a instancia judicial, el Consejo de Estado reafirmó la decisión de la SIC.

Como se puede ver, es ilegal *per se* para un productor y sus distribuidores entrar en acuerdos verticales de fijación de precios, y la FUP no es ahora considerada como legal. De hecho, la SIC considera que, en cada nivel e la cadena productora, debería haber una decisión independiente en relación con los precios. Más aún, se prohíbe expresamente influenciar a una compañía a subir sus precios o a abstenerse de bajarlos, o negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios. Como resultado de lo anterior, se considera que no es seguro entrar a una FUP, por lo que se recomienda a las compañías que simplemente sugieran un precio de venta al público. Muchos laboratorios tienen en su etiqueta, por ejemplo, un *Precio de Venta Sugerido al Público*. Esto es considerado como legal por la SIC.

Este análisis muestra que el fabricante no debería procurar llegar a un acuerdo con sus distribuidores, ni imponer los precios a los que los mismos deben vender sus productos a los vendedores minoristas o al consumidor final. Tampoco deberán negarse a contratar con los distribuidores por su política de precios, pues ésta deberá ser independiente.

2.2.7 Abuso de la posición dominante del fabricante contra el distribuidor

De acuerdo al numeral 5º del artículo 45 del Decreto 2153, una compañía tiene posición dominante en un mercado cuando puede determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mismo. Para poder establecer si una compañía tiene o no posición dominante, la SIC debe definir, en primera instancia, el mercado relevante en sus dimensiones geográfica, temporal y de producto, usando herramientas económicas convencionales como el test del monopolista hipotético (SSNIP, por sus ciclas en inglés). Una vez el mercado relevante se define, la SIC analiza la concentración del mercado, con la ayuda de índices de concentración como el HHI, el NEE o el CR4, entre otros. La autoridad procederá a analizar las barreras de entrada y la contestabilidad del mercado, para establecer si la compañía acusada tiene posición dominante en el mismo.

El numeral 2º del artículo 50 del mismo decreto prohíbe la discriminación vertical, es decir, la “aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas”. El numeral 4º de este artículo prohíbe la discriminación horizontal (abusos anticompetitivos), es decir la “venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado”.

Un distribuidor puede sentir que el fabricante del producto discrimina contra él si, en la estructura de ventas directas establecida por éste, se puede ofrecer un mejor precio, descuentos u otras condiciones que impida que aquél compita.

Finalmente, un distribuidor puede ser el sujeto pasivo de una venta atada, realizada por un productor con posición dominante. Se considera como un abuso de la posición dominante subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 50 del Decreto 2153. El distribuidor puede sentir que el fabricante del producto impone obligaciones que no se relacionan con la relación de distribución para favorecer a su vendedor directo haciéndolo menos competitivo.

2.3 El caso del cemento

Como se ha explicado con algún grado de detalle, la situación de un productor que se involucra en ventas directas y usa, al mismo tiempo, un canal de distribución independiente suscita preguntas interesantes en relación con problemas del derecho de la competencia, en relación con la competencia vertical intra-marcas que esta situación crea entre el productor y su canal de distribución.

En Colombia, se estudió en 2011 un caso en el que Holcim, una compañía cementera realizó la distribución de su producto mediante un tercero independiente, Colcementos, que se localizaba en un mercado geográfico específico, a saber: Medellín, municipio ubicado en el departamento de Antioquia. El conflicto surgió cuando Holim decidió distribuir su producto de manera directa, creando una competencia intra-marcas en el municipio en cuestión. Colcementos consideró que este productor había incurrido en una práctica comercial restrictiva y en un acto de competencia desleal. Por lo tanto, demandó a la compañía cementera.

La SIC decidió sobre las mencionadas pretensiones en las resoluciones 56821/2011 y 7287/2012, que, respectivamente, contienen la decisión inicial y la respuesta a los recursos alegados en la investigación por prácticas restrictivas de la competencia, y en las resoluciones 56823/2011 y 7285/2012, que, respectivamente, contienen la decisión inicial y la respuesta a los recursos alegados en la investigación en la investigación administrativa de competencia desleal. En ambos casos, la autoridad de competencia decidió cerrar la investigación, considerando que los hechos no constituían una práctica vedada.

En consideración a la pretensión por prácticas restrictivas de la competencia, la SIC consideró que, dado que la compañía cementera tenía sólo un 6% de participación en el mercado geográfico supuestamente afectado, no era razonable decir que ella tuviera la capacidad de realizar acciones que afectaran la competencia, considerando, especialmente, que la compañía distribuidora que, supuestamente, se vio afectada,

pudo continuar sus actividades en el mercado de venta de cemento con otras marcas. La SIC tuvo en consideración que Colcementos pudo continuar en el mercado vendiendo otras marcas de cemento.

Finalmente, en consideración a las acusaciones de competencia desleal que se realizaron, la SIC estableció que el conflicto que se presentó entre las partes, más que un conflicto de competencia desleal, era un conflicto contractual y que, si el distribuidor hubiera deseado crear daños por la afectación alegada, debió realizar una demanda por el incumplimiento del contrato que existía entre las dos empresas.

Por otro lado, la SIC estableció que, considerando que el mercado de cemento se caracteriza por tener compañías productoras con gran influencia en los mercados cercanos a sus plantas de producción, situación que se presenta por los altos costos generados por transportar su producto, no era económicamente viable para una empresa realizar acciones dañinas contra sus distribuidores, considerando que estos últimos podrían, fácilmente, distribuir otros productos diferentes a cemento.

La autoridad de competencia estableció que la ley de competencia colombiana protege la rivalidad entre sus agentes de mercado, y que es normal que un acto de competencia lleve a desviación de la clientela y a otros daños para los otros competidores, pero que esto no se puede penalizar. Lo que se prohíbe es la competencia desleal.

Si la acción adoptada es injusta pero no se puede considerar como un acto de competencia, la conducta no se prohíbe mediante la normativa de libre competencia, sino mediante otras normas, como las normas de responsabilidad contractual o extracontractual.

Por otro lado, durante el proceso no se probó que la compañía cementera hubiera desviado un número relevante de clientes de su distribuidor o que la pequeña cantidad de clientela desviada se hubiera causado por un acto de competencia desleal.

La SIC ha afirmado que, para que una persona natural o jurídica pueda ser sancionada por considerarse que incurrió en una conducta de competencia desleal o en una práctica restrictiva de la competencia, se debe contar con tres (03) requisitos:

- a) El acto debe restringir la libre participación de otros agentes en el mercado, bien sean productores o consumidores.
- b) El acto debe consolidar o incrementar la participación de quienquiera que incurra en el mismo, alcanzando una posición desde la que podría maximizar sus utilidades, sin consideración a sus competidores, lo que constituye una explotación de la colocación de su suministro, obteniendo, por ende, un beneficio ilegal.
- c) El acto debe incentivar el llevar a cabo actos de competencia desleal o prácticas restrictivas de la competencia, para romper la correcta dinámica del mercado

y, por ende, distorsionar la conducta económica de los competidores, afectando a los consumidores.

2.4 Integraciones empresariales

Podría considerarse que las compañías con participación en el mercado colombiano que compitan intra-marcas con sus distribuidores tienen el control de algunos de sus distribuidores en el mercado. Esto es, porque bajo las normas de competencia en Colombia, la relación que se presenta entre un fabricante y los distribuidores de su producto, puede ser tan intensa que puede ser objeto de control de integraciones empresariales.

Si el contrato de distribución pone al distribuidor bajo el control del productor, esto puede ayudar a descalificar las acusaciones de prácticas anticompetitivas y competencia desleal entre el productor y su distribuidor. Sin embargo, puede también crear un riesgo, relacionado con el seguimiento del régimen de integraciones empresariales. El no seguir estas regulaciones, puede llevar a investigaciones y altas multas.

2.4.1 Definición de integraciones empresariales

Bajo el artículo 9º de la ley 1340 de 2009, una integración es cualquier operación llevada a cabo entre dos o más empresas “para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada”.

De acuerdo a la doctrina de la SIC, las transacciones empresariales se consideran como integraciones económicas cuando permiten que dos (2) o más compañías, que previamente han participado de manera independiente en el mismo mercado o en la misma cadena de valores, actúen como un mismo operador de manera permanente, bajo la dirección de un mismo cuerpo de manejo.

2.4.2 El Deber de Informar o Notificar las Integraciones

De acuerdo a lo anterior, si la forma contractual usada entre la compañía productora y el distribuidor permite que cualquiera de estas compañías obtengan el control de la otra, ésta se considerará como una integración empresarial. El ya nombrado artículo 9º de la ley 1340 establece que se debe notificar o informar a la SIC si cumple con los requisitos que siguen:

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores

- al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o
2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

De acuerdo a este artículo, es posible **notificar** las integraciones empresariales en los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante. La **notificación** es un proceso corto sin periodo de espera. La transacción es efectiva de inmediato.

Si cualquiera de las condiciones mencionadas anteriormente se presentan y la participación en el mercado relevante es superior al 20%, el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 establece que las compañías interesadas deben **informar** a la SIC, presentando ante la SIC una solicitud de pre-evaluación de la operación propuesta. La **información** es un procedimiento más largo, en el que las partes deben esperar que la SIC dé su visto bueno para poder hacer efectiva la transacción.

Finalmente, cuando la transacción se lleva a cabo entre compañías que pertenecen al mismo grupo económico, no se debe seguir la regulación de integraciones empresariales.

Como se puede ver, la relación entre un productor y su distribuidor, dependiendo del nivel de intervención acordado en el negocio del distribuidor por parte del productor, puede ser considerada como una integración empresarial, sujeta a la revisión de una integración empresarial. Esto se puede convertir en una forma de protección contra las investigaciones y demandas sobre prácticas restrictivas de la competencia o sobre las conductas de competencia desleal que se puedan presentar, pero, al mismo tiempo, crea un riesgo si las compañías no **notifican** o **informan** la transacción a la SIC, dependiendo de las características de la transacción.

3. PROCEDIMIENTO

De acuerdo al artículo 6º de la ley 1340, la SIC es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. A esta entidad se le ha dado facultades exclusivas para conocer de las investigaciones administrativas, imponer las multas y adoptar las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal. Se debe recordar que, dentro del régimen de protección de la competencia, se encuentra el control de integraciones empresariales.

En una investigación administrativa, por definición, la autoridad puede actuar de oficio o por la existencia una acusación presentada por cualquier persona.

Como ya se ha dicho, la SIC puede declarar la violación de normas sobre libre competencia, para que las compañías investigadas terminen su conducta ilegal. Esta entidad puede imponer multas a las compañías y a las personas naturales involucradas.

Uno de los grandes avances de la Ley 1340 fue el incremento notorio de la capacidad de la SIC para imponer multas. Bajo el Decreto 2153, la multa máxima que se podía imponer podía ascender a los 2000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes – SMLMV (aproximadamente US\$500.000) para las compañías, y 300 SMLMV (aproximadamente US\$70.000) para las personas naturales involucradas. Ahora, bajo la ley 1340, la SIC puede imponer multas de máximo 100.000 SMLMV para las empresas (aproximadamente US\$30'000.000) o, si resulta ser mayor, de hasta el 150% de las utilidades obtenidas con la conducta anticompetitiva, y, para las personas naturales, las multas pueden ascender a los 2000 SMLMV (valor que se acerca a los US\$500.000). Las multas impuestas a personas naturales no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta

Se debe notar que la SIC puede imponer, de acuerdo al artículo 25 de la ley 1340 de 2009, multas por “violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías”. Hay circunstancias que permiten que la autoridad imponga sanciones más o menos duras, dependiendo de diferentes factores establecidos en la ley.

4. CONCLUSIONES Y PRECAUCIONES

El análisis que se ha hecho en este documento, muestra que la relación existente entre un fabricante y los distribuidores de sus productos puede tornarse tensa, y está llena de zonas grises, cuando el productor se involucra en ventas directas. Algunas de las precauciones que el productor debe tomar para eliminar los riesgos asociados con la competencia vertical intra-marcas, son las siguientes:

- I. Dar, en las áreas donde realicen ventas directas, un tratamiento de equidad y no discriminación, para reducir la probabilidad de que los distribuidores sientan que el fabricante está parcializado a favor de su área de ventas directas

y que le está dando ventajas competitivas, que se pueden percibir como conductas anticompetitivas o prácticas restrictivas de la competencia.

- II. En este sentido, el fabricante debe darle a sus distribuidores acceso a la misma información, descuentos y tratamiento comercial que le da a su propia área de ventas directas. Los empleados internos que estén a cargo de las ventas directas deben tener acceso a los mismos descuentos y al mismo tratamiento comercial que se le da a los demás distribuidores o agentes.
- III. Si los empleados de los productores que están a cargo de las ventas directas tienen acceso a información estratégica, éstos no deben usar en perjuicio de los demás distribuidores la información relacionada con precios, unidades vendidas, clientes, actividades promocionales, descuentos, etc., que éstos le den al productor para monitorear su funcionamiento. Esta información podría ser usada por el área de ventas directas para obtener un beneficio competitivo ante los demás distribuidores, o, incluso, podría ser usada para realizar conductas que se podrían considerar como prácticas restrictivas de la competencia o actos de competencia desleal por parte de la autoridad de competencia y los competidores.
- IV. Por esa razón, el productor debe, en la medida de lo posible, separar al personal de ventas directas del que conoce la información relacionada con la red de distribución. Si esto no es posible, le debe dar instrucciones a los empleados encargados de ventas directas para que ellos no usen información sensible dada por los distribuidores con fines comerciales.
- V. El productor debe, entonces, diseñar una serie de medidas dirigidas a proteger la libre y leal competencia, tendientes a garantizar a los distribuidores independientes o los agentes que la compañía no obtendrá beneficios anticompetitivos en su área de ventas directas.
- VI. Para garantizar independencia en la toma de decisiones y en el manejo de información entre las empresas que tienen ventas directas y aquellos que tienen relaciones con distribuidores o agentes, recomendamos:
 - a. Que se trate de un personal diferente, y
 - b. Que aquellas personas firmen un acuerdo de confidencialidad del estilo “Muralla China”, para garantizar que la información sensible, estratégica y competitiva sea independiente.

5. TABLA DE AUTORIDADES

5.1. ESTATUTOS

- Constitución Política de 1991, Artículo 333
- Ley 155 de 1959
- Decreto 3466 de 1982
- Decreto 2153 de 1992
- Ley 256 de 1996
- Ley 1340 de 2009
- Ley 1480 de 2011

5.2 CASOS

- Gaseosas, Resolución 19644
- *Continental TV. Vs. GTE Sylvania*
- Compañía Colombiana de Medidores Tavira, Resoluciones 27263 de 1999 y 13514/2000
- Casa Luker, Resolución 8231/2001 y 20229/2001
- Colcementos contra Holcim
 - Abuso de la Posición Dominante: Resoluciones 56821 de 2011 y 7287 de 2012
 - Competencia desleal: Resoluciones 56823 de 2011 y 7285 de 2012