



EL ESTADO ACTUAL DE LA PRÁCTICA DE FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS (FUP) EN COLOMBIA*

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO¹

GABRIEL IBARRA PARDO²

-
- * Los autores agradecen de manera especial el valioso y dedicado trabajo de investigación realizado por Manuela Velásquez, sin el cual este documento no se habría podido realizar.
- 1 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.
 - 2 Abogado Javeriano, con Maestría en Derecho (LL.M.) en International Business Legal Studies de la Universidad de Exeter, Inglaterra. Profesor titular de la cátedra de Derecho Económico Internacional en la Pontificia Universidad Javeriana del año 2003 al año 2013. En la actualidad se desempeña como socio de la firma Ibarra Abogados y es árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El doctor Ibarra es en la actualidad el Presidente de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia – ACDC. Así mismo se desempeñó como *Non Governmental Advisor – NGA* por Colombia, ante el *International Competition Network – ICN*, entre 2013 y 2016.

RESUMEN

El alcance, la interpretación y la aplicación que se le ha dado a la práctica de la Fijación Unilateral de Precios en Colombia, a diferencia de otras legislaciones, 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 y constatar la evolución e interpretación que se le ha dado a la práctica de la Fijación Unilateral de Precios en Colombia, advirtiendo que 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: fijación unilateral de precios; conducta, unilateral; acto, acuerdo; anticompetitivo; procompetitivo; restricción vertical; restricción horizontal; regla *per se*; regla de la razón; competencia inter marca; competencia intra marca; eficiencia.

***CURRENT STATE OF UNILATERAL RESALE
PRICING POLICIES IN COLOMBIA***

ABSTRACT

The scope, interpretation and application of Resale Price Maintenance in Colombia, unlike other legislations, 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 evolution and interpretation that has been given to the practice of Resale Price Maintenance in Colombia, warning that 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: *Resale Price Maintenance; Conduct; Unilateral; Act; Agreement; Anticompetitive; Procompetitive; Vertical Restraint; Horizontal Restraint; Per Se Rule; Rule of Reason; Inter Brand Competition; Intra Brand Competition; Efficiency.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo hemos señalado falencias tanto en el contenido, como en el alcance y aplicación de las normas de libre competencia en relación con la práctica de Fijación Unilateral de Precios (FUP). Así, se ha venido insistiendo, de manera sistemática, en la necesidad de tener una legislación coherente y eficaz en esta materia, así como también en el establecimiento de unos parámetros de interpretación y análisis claros que permitan adaptar esta normativa a la complejidad tanto de los mercados nacionales como de los internacionales.

En el año 1999 escribimos un artículo académico con el fin de analizar la práctica de la FUP a la luz del Derecho de la Competencia en Colombia y así, intentamos dar claridad a los distintos sectores de la economía con respecto a las reglas que regían la materia.³ A pesar de esto, diecisiete años después consideramos que es necesario reestructurar y reescribir dicho documento, con el fin de analizar los avances que se han presentado a nivel de la regulación, la doctrina y la jurisprudencia a nivel mundial y también en Colombia, respecto del análisis de esta práctica.

3 Miranda Londoño Alfonso, Ibarra Pardo, Gabriel, “La Práctica de la Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”. Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. IV. 2000.

Consideramos que la Autoridad de Protección de la Competencia en Colombia debe analizar y aplicar las normas vigentes de acuerdo a la realidad socioeconómica del momento y acorde con el desarrollo de las tendencias modernas de la economía industrial y del derecho de la competencia. Para esto, es necesario que: **(i)** Se entienda la importancia que representa para los industriales y comerciantes la posibilidad de fijar precios de reventa; **(ii)** Se analice la normativa sobre esta materia y el alcance que se le ha dado tanto a nivel nacional como internacional; **(iii)** Se cree conciencia de la falta de orden y explicación de las normas y principios relacionados con este tipo de prácticas; y **(iv)** Se proponga una solución para poder brindar seguridad jurídica a los distintos participantes del mercado.

Tal y como hemos expresado en ocasiones anteriores⁴, *“No hay duda que para cualquier empresario resulta vital la decisión sobre la comercialización de sus productos, ya sea en forma directa o a través de una red de distribución, la cual puede ser a su vez independiente o controlada. Dentro de la organización o determinación de la estructura del esquema de comercialización de los productos, ocupa lugar de singular importancia y complejidad el de la determinación del precio, tanto el que se ofrece a la red de comercialización, como el llamado precio de venta al público”*⁵. En esta medida, y teniendo en cuenta el principio constitucional de libertad de empresa, consideramos que el ordenamiento jurídico colombiano debe ser neutro frente a las políticas de comercialización que decidan adoptar tanto los productores como los distribuidores, siempre y cuando, las mismas no afecten el principio de libertad de competencia.

4 Miranda Londoño Alfonso, Ibarra Pardo, Gabriel, “La Práctica de la Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”. Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. IV. 2000.

5 *Ibidem*.

Así pues, pese a que hemos tenido importantes avances en relación con la interpretación y aplicación de dichas normas, todavía no se encuentra un criterio claro y suficiente que brinde seguridad jurídica a los distintos actores o participantes del mercado. Por esta razón, hemos decidido realizar un estudio en donde se muestre cuál es el estado actual de estas prácticas y cómo deberían ser interpretadas.

Con el fin de ubicar conceptualmente el tema de este escrito de cara a la normativa Colombiana de libre competencia, consideramos importante realizar las siguientes precisiones respecto de la fijación de precios:

- **La fijación de precios se puede hacer a través de acuerdos:** De conformidad con lo dispuesto por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992⁶ (Decreto 2153), en concordancia con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009⁷ (Ley 1340), las conduc-

6 “**Artículo 45.- DEFINICIONES:** Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, prácticas concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas.
2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
3. Conducta: Todo acto o acuerdo.
4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
6. Producto: Todo bien o servicio.”

7 “**Artículo 2.- ÁMBITO DE LA LEY:** Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor:

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.”

- tas anticompetitivas se pueden clasificar en acuerdos, actos y conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.
- Los acuerdos se encuentran definidos en el artículo 45 numeral 1 del Decreto 2153, como: *“Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas.”* Y los acuerdos de fijación de precios se encuentran prohibidos por el artículo 47 numeral 1⁸ del Decreto 2153, que los define como *“Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”*
 - Como se analizará más adelante, la legislación colombiana prohíbe los acuerdos de fijación de precios tanto horizontales como verticales, característica fundamental para este análisis.
 - **La fijación de precios se puede hacer a través de conductas unilaterales:** Las normas relevantes en este caso son: (i) El artículo 9 de la Ley 155 de 1959⁹ (Ley 155), de conformidad con el cual cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni ellas mismas ni sus distribuidores pueden fijar otros precios diferentes, con lo cual el legislador colombiano admitió la existencia de la Fijación Unilateral de Precios o FUP. Sin embargo, como se verá, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) como el Consejo de Estado, consideran que esta norma fue derogada con la expedición

8 **“Artículo 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.”

9 **“Artículo 9.-** *Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidores, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal”.*

de la Constitución Política de 1991. **(ii)** Los artículos 18 a 20¹⁰ del Decreto 3466 de 1982 (Decreto 3466), antiguo Estatuto de Protección al Consumidor (que se encuentra vigente), señalan que los Productores y Distribuidores deben fijar el precio al público de sus productos, en los bienes mismos o en listas visibles en sus establecimientos. Y **(iii)** El artículo 48(2)¹¹ del Decreto 2153, según el cual se considera como un

10 **“Artículo 18.- OBLIGACION DE FIJAR LOS PRECIOS MÁXIMOS AL PÚBLICO:** *Todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca, para lo cual puede elegir según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de ésta, según sus posibilidades o conveniencia, el sistema de fijación en lista o el de fijación en los bienes mismos. Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios máximos al público indicados en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor.”*

“Artículo 19.- SISTEMA DE FIJACION DE PRECIOS EN LISTA: *La fijación de precios máximos al público, por el sistema de listas, deberá hacerse en caracteres perfectamente legibles y en sitio visible al público.*

En las listas se indicará cuál o cuáles precios de bienes o servicios han sido fijados oficialmente, y será obligación del proveedor o expendedor informar a toda persona que lo solicite la disposición oficial que haya establecido o fijado el precio, así como el organismo o autoridad que la haya dictado.

PARAGRAFO: *Para efecto de lo dispuesto en este artículo, los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el Diario Oficial y al menos en dos (2) diarios más de amplia circulación nacional”.*

“Artículo 20.- SISTEMA DE FIJACIÓN DE PRECIOS EN LOS BIENES MISMOS: *Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos, la indicación que de dichos precios hagan los productores, proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o etiquetas adheridas a cualquiera de ellos.*

La utilización de este sistema es obligatorio para todos los bienes procesados, transformados o manufacturados y para los que determine la autoridad competente”.

11 **“Artículo 48.- ACTOS 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 los siguientes actos: ...*

acto anticompetitivo el que una empresa pretenda influenciar a otra para que suba sus precios o se abstenga de bajarlos; y el artículo 48(3)¹² del mismo Decreto 2153 según el cual se considera como un acto anticompetitivo la Negativa Unilateral a Contratar (NUC) o la discriminación en contra de una empresa, en retaliación a su política de precios.

- Como ya lo mencionamos, en el presente documento nos concentraremos en el análisis de la FUP en el derecho colombiano.

2. RESTRICCIONES ANTICOMPETITIVAS DE TIPO HORIZONTAL Y VERTICAL

Dentro de las prácticas restrictivas de la libre competencia, es preciso distinguir entre las de tipo horizontal y las de tipo vertical, porque tanto la legislación, como la jurisprudencia y la doctrina les asignan características bien diferentes.

Así, *“Las prácticas restrictivas de la competencia de tipo horizontal son aquellas ejercidas por dos o más personas (por regla general productores o distribuidores de un producto) en forma concertada, y dirigidas contra sus directos competidores, es decir contra aquellas personas dedicadas a la misma actividad productora o distribuidora, en el mismo nivel del proceso productivo.”*¹³

2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios”*

12 **“Artículo 48.- ACTOS 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 los siguientes actos:

...

3. *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.”*

13 Miranda Londoño Alfonso, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de América”, Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. III, 2002

Por su parte, *“las prácticas restrictivas de la competencia 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”*¹⁴.

El presente análisis se concentrará en las restricciones verticales y en especial en la FUP, entendida como una práctica en la cual el productor establece de manera unilateral a sus distribuidores o comercializadores el precio de venta de sus productos. Así pues, tanto el sujeto activo como el o los sujetos pasivos de la conducta, involucrados en este tipo de restricción vertical, operan en diferentes niveles de la cadena de producción, distribución y consumo de un bien o servicio.

Se han reconocido dos formas de ejecutar la restricción vertical de FUP. Por un lado, encontramos la Fijación de Precios de Reventa Mínimos y la Fijación de Precios de Reventa Máximos¹⁵.

14 Miranda Londoño Alfonso, “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados”, Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. III. 2001.

15 *“Dos formas diferentes de Mantenimiento de Precios de Reventa – MPR se han distinguido usualmente: El MPR Máximo establece un límite superior o un techo al precio que el distribuidor puede cobrar por el producto. – Un MPR Mínimo, de otra parte, establece un límite inferior o piso al precio al cual el distribuidor puede vender el producto. Algunos países le dan un trato similar a ambas formas de MPR en sus leyes de libre competencia. La mayoría de los países considera la práctica de MPR Máximo es de poca relevancia en el ámbito de la regulación de la competencia, en algunos casos el MPR Máximo ni siquiera es considerada ilegal.”* Tomado de: “Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee”. Roundtable on Resale Price Maintenance. OECD. Septiembre, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>.

La cita original en inglés es la siguiente: *“Two different forms of RPM are usually distinguished: -Maximum RPM places an upper limit or ceiling on the Price the*

El presente estudio tratará de abordar ambas categorías, sin perjuicio de que se ahonde más en los precios mínimos por ser los más problemáticos.

3. DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo haremos una reseña de la evolución del tema del Mantenimiento de Precios de Reventa – MPR, denominado en Inglés *Resale Price Maintenance - RPM* en Los Estados Unidos y en la Unión Europea, por considerar que son estas las jurisdicciones más representativas y que mayor impacto tienen en el desarrollo del Derecho de la Competencia a nivel mundial.

Las referencias se hacen por regla general a los acuerdos verticales de fijación de precios pues es la evolución del análisis y tratamiento jurisprudencial de este tipo de conducta, el que nos permitirá estudiar de mejor manera las conductas unilaterales de fijación de precios – FUP.

3.1 EL MPR EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El Mantenimiento de Precios de Reventa – MPR ha sido una restricción ampliamente discutida y analizada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Así, en aras de realizar una adecuada aproximación al tema, consideramos necesario en primer lugar, presentar una breve descripción de los sistemas de

retailer can change for the product. –Minimum RPM, on the other hand, places a lower bound or floor on the price at which the retailer can on-sell the product. Some countries treat both of these forms in the same way in their competition law. Most countries treat maximum RPM as being the lesser competition concern; in some cases maximum RPM is not illegal at all.” Tomado de : “Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee”. Roundtable on Resale Price Maintenance. OECD. Septiembre, 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>.

análisis que se aplican en casos de violación de las leyes antimonopolios en este país, para proceder a distinguir entre el tratamiento que se le ha dado a la restricción de fijación de precios de reventa mínimos y a la fijación de precios de reventa máximos.

Así pues, la “*Regla Per Se*” se utiliza para analizar 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 ilegales¹⁶. Los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis han sido señalados por la jurisprudencia de manera taxativa y la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica que se le imputa.

Por su parte, la “*Regla de la Razón*” sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las 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 restrictiva¹⁷. Bajo esta regla, se analizan: el mercado relevante, la naturaleza de la conducta, el propósito y el efecto de la misma y se toma en consideración las ventajas pro competitivas de la conducta versus las desventajas anticompetitivas que representa, con el fin de decidir, a través de un test de balanceo o razonabilidad, si la conducta restringe la competencia y por lo tanto debe ser prohibida, o si el caso es el contrario, la conducta no amerita ninguna objeción.¹⁸. En este tipo de análisis es posible que el acusado demuestre que los efectos

16 Miranda Londoño, Alfonso, “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de América”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC*, No. III, 2002.

17 *Ibidem*

18 *Ibidem*

de la conducta que se le imputa no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores¹⁹.

Las restricciones verticales (especialmente la restricción en materia de Fijación de Precios de Reventa) han sido objeto de múltiples debates. La doctrina y la jurisprudencia norteamericanas han pasado por varias etapas en el desarrollo de su posición actual frente a las mismas. Por esta razón, consideramos necesario hacer un breve recuento del tema.

3.1.1 Fijación de Precios de Reventa Máximos

En un principio la jurisprudencia sobre acuerdos de Fijación de Precios de Reventa Máximos fue clara al establecer la ilegalidad *per se* de dicha restricción. Así, en el caso *Albrecht v. Herald Co*²⁰ La Corte Suprema de Justicia declaró la ilegalidad de la imposición de precios máximos que ejercía *The Herald Co* en relación con sus distribuidores. Sin embargo, este caso “*detecta un efecto económico del MPR cuya comprensión será reevaluada en casos posteriores, y es aquel según el cual el precio al que puede vender el distribuidor determina en gran medida la capacidad de éste para competir en aspectos diferentes al precio, como por ejemplo en servicios que mejoren el producto para el consumidor*”²¹.

Este precedente cambió en el año de 1977 con el caso de *State Oil Co. V. Barkat Khan*²², superando la regla de la ilegalidad *per se* para este tipo de restricciones por una regla de la razón. Así, aunque la Corte de apelaciones del Séptimo Circuito Federal aplicó la regla *per se* de la ilegalidad que se había establecido

19 *Ibidem*

20 *Albrecht v. The Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968).

21 Zuleta Londoño, Alberto. “La regulación sobre el mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. Encontrado en: CEDEC XI Vol. 7. Enero – Diciembre de 2011.

22 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 118 S.Ct 275 (1997).

en *Albrecht*²³, la Corte Suprema de Justicia estableció que “... *el propósito principal de las reglas antimonopolios es proteger la competencia inter – marca*” y desvirtuó una serie de argumentos que se venían sosteniendo en casos anteriores, razón por la cual se apartó del precedente legal y concluyó que “*no existe justificación económica suficiente para prohibir per – se el MPR máximos*”²⁴. Por esto, la ilegalidad de estas restricciones debe ser evaluada bajo la *Regla de la Razón* en aras de identificar eficiencias pro competitivas.

3.1.2 Fijación de Precios de Reventa Mínimos

Al igual que en el caso anterior, la Fijación de Precios de Reventa mínimos fue considerada durante casi un siglo como ilegal *per – se*. Así, en el año de 1911, la Corte Suprema de Justicia falló el caso de *Dr. Miles Medical Co. V. Jhon D. Park & Sons Co*²⁵, en donde un productor de medicamentos se enfrenta a uno de sus distribuidores por no seguir las estipulaciones e imposiciones de precios mínimos de reventa. La Corte sostuvo que dicho esquema era inaplicable bajo los supuestos del *Common Law* y violatorio de la Sección 1 del *Sherman Act*.

Para llegar a esta conclusión, La Corte sostuvo que el público tiene derecho a obtener los beneficios que se derivan de la competencia entre los distribuidores de un mismo producto, y teniendo en cuenta que en el presente caso el esquema estaba configurado

23 “Advirtió que la regla sobre la ilegalidad del MPR era probablemente equivocada pero que el principio de *stare decisis* (estarse a lo decidido) la obligaba a seguir la regla fijada por un tribunal de superior jerarquía, como lo era la Corte Suprema”. Tomado de: Zuleta Londoño, Alberto. “La regulación sobre el mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. Encontrado en: CEDEC XI Vol. 7. Enero – Diciembre de 2011. Página 14.

24 *Ibidem*.

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

para evitar la competencia entre los distribuidores, el mismo se podría equiparar a un cartel ilegal²⁶.

La anterior doctrina se mantuvo vigente hasta el año 2007, cuando la Corte Suprema de Justicia modificó el precedente establecido en el caso *Dr. Miles*. En efecto, en el caso de *Leegin Creative Leather Products, Inc. V. PSKS, Inc.*²⁷ La Corte realizó un análisis de los posibles efectos pro – competitivos²⁸ de la im-

26 “having for their sole purpose the destruction of competition among the dealers and the fixing of prices.” (...) “The advantage of established retail prices, (...) primarily concerns the dealers (...) As to this, the complainant can fare no better with its plan of identical contracts than could the dealers themselves if they formed a combination and endeavored to establish the same restrictions, and thus to achieve the same result, by agreement with each other. If the immediate advantage they would thus obtain would not be sufficient to sustain such a direct agreement, the asserted ulterior benefit to the complainant cannot be regarded as sufficient to support its system”. *Ibidem*. Page 220 U. S. 407 – 408 – 409.

27 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

28 “Para llegar a esta conclusión el fallo empieza por citar los posibles efectos pro-competitivos de la imposición de precios mínimos: (i) La imposición de precios mínimos de reventa puede promover la competencia inter-marca y beneficiar al consumidor porque, en ausencia de los mismos, muchos servicios a nivel minorista que son necesarios para una efectiva competencia inter-marca podrían no prestarse. (ii) La imposición de precios mínimos de reventa le permite a los consumidores escoger entre productos de diferentes categorías. (iii) La imposición de precios mínimos de reventa facilita la entrada al mercado de nuevas compañías y marcas, por cuanto les permite hacer las inversiones necesarias para el mercadeo agresivo que suele ser necesario para que una marca nueva ingrese al mercado. (iv) La imposición de precios mínimos de reventa puede estimular la prestación de servicios en favor del consumidor en ausencia de parasitismo.

La Corte Suprema, sin embargo, también señaló una serie de posibles efectos anticompetitivos de la conducta:

(i) La imposición de precios mínimos de reventa puede facilitar la creación de un cartel de productores. (ii) La imposición de precios mínimos de reventa puede servir para ayudar a crear un cartel de distribuidores o de minoristas. Esto ocurriría cuando el poder de mercado no estuviera en el nivel del productor sino en el segundo o tercer eslabón de la cadena, y los distribuidores, por ejemplo, le exigieran a los productores que les impusieran precios mínimos de reventa. De esta manera la uniformidad de precios supra-competitivos entre los distribuidores en apariencia no sería producto de un acuerdo horizontal ilícito, sino de una serie de acuerdos verticales aparentemente lícitos”. Tomado de: *Zuleta Londoño, Alberto*.

posición de precios mínimos de reventa, apartarse del criterio de ilegalidad *per se* y estableciendo que dicha imposición debería analizarse bajo la *Regla de la Razón*, debido a la posibilidad de que dicha restricción podía generar efectos beneficiosos para el mercado y para la competencia *inter marcas*.

Así, debido a que el propósito de *Leegin* era darle a sus minoristas un margen suficiente para proveer a los clientes de servicios que eran fundamentales para la estrategia de mercadeo de *Leegin* y, entre otras razones, evitar que los bajos precios afectaran negativamente el nombre de la marca²⁹, La Corte concluye que la restricción era lícita y que aunque los dichos acuerdos puedan tener efectos restrictivos, estas conductas no se ajustan a la categoría de las prácticas que se analizan bajo la *Regla Per Se*³⁰.

3.1.3 *La importancia del caso Continental Television v. GTE Sylvania (1977)*

En el caso de *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania*, la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución de *Sylvania*, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. *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,

“La regulación sobre el mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. Páginas 6 y 7. Encontrado en: CEDEC XI Vol. 7. Enero – Diciembre de 2011. Páginas 18 y 19.

29 *Ibidem*.

30 *“Notwithstanding the risks of unlawful conduct, it cannot be stated with any degree of confidence that retail price maintenance “always or almost always tend[s] to restrict competition and decrease output.”.* *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

entre los cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de *Sylvania* en el mercado global se incrementó hasta el 5% con posterioridad a la implantación de este sistema.

Cuando *Sylvania* nombró otro distribuidor en el área señalada al demandante, este reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región. *Sylvania* redujo el nivel de suministro y posteriormente terminó la franquicia. *Continental* demandó a *Sylvania* con el fin de que se declarara que la cláusula de restricción territorial era una violación de la *Ley Sherman* bajo la doctrina establecida por la Corte en el caso *Schwinn*³¹. La Corte Suprema decidió que era necesario revocar la regla establecida en *Schwinn*, y así, juzgar este tipo de conductas a partir del análisis de sus efectos *inter – marca* y el bienestar del consumidor. Al decidir el caso 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*.

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.

Aunque este caso se trató específicamente de un acuerdo vertical de repartición geográfica de mercados, es necesario tener en cuenta su importancia e influencia en la jurisprudencia norteamericana. El caso de *Sylvania*³² es la base tanto del caso de *State Oil v. Barkat Khan*, como del caso de *Leegin v. PSKS et al.* Así, en este caso se establecieron los fundamentos económicos para que los casos de restricciones territoriales fueran analizados bajo la *Regla de la Razón*. Posteriormente, dichos fundamentos económicos fueron

31 United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).

32 Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

acogidos por la Corte Suprema de Justicia para cambiar los precedentes en relación con el MPR tanto mínimos como máximos.

3.2 LA FUP EN LA UNIÓN EUROPEA:

La aproximación de la Unión Europea a las restricciones verticales ha sido históricamente mucho más hostil y menos flexible que la norteamericana³³. Así pues, las normas sobre competencia consagradas en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE³⁴, establecen que: *“quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”*. El literal a) de dicho artículo establece particularmente que uno de los acuerdos prohibidos y por lo tanto, nulo de pleno derecho, es aquel que consista en *“fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción”*.

El mismo artículo establece unas excepciones³⁵ en su aplicación. Por ejemplo, cuando se contribuya a mejorar la producción o

33 Barrera Silva, Natalia, “Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Restricciones Territoriales en Estados Unidos y Europa”. Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. XIV, 2014.

34 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tomado de: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

35 *“3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:*

cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
 cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
 cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,
 que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 a) impongan a las

la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico. Así pues, el Reglamento No. 330/2010 de la Comisión de la UE, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3³⁶, establece que *“No han de quedar exentos en virtud del presente Reglamento aquellos acuerdos verticales que contengan restricciones que puedan restringir la competencia y perjudicar a los consumidores o que no sean imprescindibles para alcanzar los efectos de mejora de la eficiencia económica. En particular, los acuerdos verticales que contengan determinados tipos de restricciones de competencia especialmente graves, como los precios de reventa mínimos y fijos y determinados tipos de protección territorial, deben quedar excluidos del beneficio de la exención por categorías establecida en el presente Reglamento, independientemente de la cuota de mercado de las empresas implicada”*.

En otras palabras, las restricciones en materia de MPR son consideradas como restricciones especialmente graves y por lo tanto, se presume que el acuerdo es restrictivo de la competencia en los términos del artículo 101 apartado 1. Lo anterior, sin perjuicio de que las empresas puedan alegar en algunos casos razones de eficiencia cuando hayan efectuado un acuerdo de MPR. Así, corresponde a las partes demostrar que se cumplen todas las condiciones del artículo 101, apartado 3 para que la Comisión evalúe su inclusión o no dentro de dicho apartado.

Las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales³⁷, consagran algunos de los posibles efectos anticompetitivos o pro-

empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”.

36 Reglamento No. 330/2010 de la Comisión de la UE. Tomado de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>

37 Comisión Europea, “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”. 2010. En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>

competitivos del MPR. Así, en relación con los primeros, se establece que el MPR puede:

- Facilitar la colusión entre los proveedores aumentando la transparencia de los precios en el mercado.
- Desincentivar el recorte de precios por parte del proveedor a los distribuidores.
- Eliminar la competencia de precios intra-marca, con lo cual se facilita la colusión entre los distribuidores.
- Reducir la competencia entre fabricantes o minoristas, en especial cuando los fabricantes utilizan a los mismos distribuidores para comercializar sus productos.
- Impedir que se bajen los precios de venta por parte de los distribuidores.
- Excluir a pequeños distribuidores puesto que se favorecen marcas concretas, reduciendo el dinamismo y la innovación a nivel de la distribución
- Por su parte, las eficiencias del MPR o los efectos pro – competitivos pueden ser:
- Promover un nuevo producto o un servicio complejo en el mercado por parte de los distribuidores.
- Aumentar la competencia entre los distribuidores en aspectos distintos al precio, mejorando inevitablemente la calidad de los servicios.
- Permitir a los minoristas proporcionar servicios adicionales (preventa y posventa) con lo cual se eliminan los comportamientos parasitarios³⁸ al nivel de los distribuidores y se beneficia a los consumidores.

38 *Ibidem*. “(107) (...) a) Resolver un problema de «parasitismo». Un distribuidor puede aprovecharse de las actividades de promoción realizadas por otro. Este tipo de problemas se da con más frecuencia a escala mayorista y minorista. Es posible que los acuerdos de distribución exclusiva o restricciones similares contribuyan a evitar este problema de parasitismo. Este fenómeno también puede darse entre proveedores, en el caso, por ejemplo, de que uno invierta en actividades de promoción en los locales del comprador, por lo general a escala minorista, que también puede atraer

- En cuanto a la jurisprudencia en la Unión Europea, deben tenerse en cuenta los siguientes casos:

3.2.1 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG v Commission of the European Communities*³⁹

- La sociedad Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG demandó a la Comisión de las Comunidades Europeas para que anulara la Decisión 82/267/CEE de la Comisión, del 6 de enero de 1982.
- En este caso se consideró que una restricción en la competencia de precios, que es inherente a cualquier sistema de distribución selectiva, solo puede admitirse en la medida en que el mantenimiento de un cierto nivel de precios se justifica cuando sirve para proteger el rol que la competencia debe tener dentro del tratado, ya que el objeto de este sistema es únicamente el mejoramiento de la competencia en relación con factores diferentes a los precios, y no la garantía de un alto margen de beneficio para los distribuidores.
- Un productor que opera un sistema de distribución selectiva no podría, justificadamente, considerar que la aceptación de un compromiso para imponer precios que permitan obtener ingresos lo suficientemente altos es una condición legal para ser admitido en un sistema de distribución selectiva. Por el solo hecho de estar autorizado para no admitir o mantener en su red de distribución a comercializadores que no estaban en la capacidad de proveer los servicios propios de un comercializador especializado, tiene también la posibilidad de utilizar todos los medios necesarios para asegurar la aplicación efec-

a los clientes de sus competidores. Las restricciones del tipo de la cláusula de no competencia pueden contribuir a resolver esta situación de parasitismo (...)"

39 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG vs Commission of the European Communities*, Asunto 107/82. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61982CJ0107&from=EN>

tiva del sistema. Siendo estas las circunstancias, la existencia de un compromiso en relación con el precio constituye una condición claramente ajena a los requerimientos de la distribución selectiva y además, que afecta la libre competencia.

3.2.2 *Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1996 (IV/35.679 – Novalliance/Systemform)*⁴⁰

- Esta decisión se refiere a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE. Se recibió la denuncia de la empresa francesa Novalliance, acerca del comportamiento de la empresa alemana Systemform GmbH. En la denuncia inicial se manifestaba que algunas cláusulas de los contratos celebrados entre Systemform y sus distribuidores y ciertas iniciativas emprendidas por esta empresa para aplicar estas cláusulas a Novapost, empresa griega que suministraba a Novalliance productos de Systemform, constituyendo abuso de posición dominante.
- La Decisión de la comisión se refiere a las infracciones a los artículos artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE, que suponen los acuerdos de distribución concluidos entre Systemform y sus distribuidores.
- En la Decisión, la Comisión, respecto a las Restricciones a la Fijación de Precios cita las cláusulas que aparecen en contratos con distribuidores exclusivos que operan fuera de Alemania, así:
- **(i) Kondator AB, Suecia** (contrato firmado el 29 de diciembre de 1989) “*Apartado 14: «Los precios se fijarán en función de los costes corrientes. Se entienden FOB en la fábrica de Prien am Chiemsee, sin incluir el embalaje. Los cambios en los precios se comunicarán al distribuidor en el plazo de 3*

40 Novalliance v Systemform. IV/35.679. Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1996. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997D0123&from=EN>

meses... Los precios de venta en el territorio contractual serán fijados por Systemform y el distribuidor en función de la situación del mercado. El distribuidor deberá velar por que los precios así fijados sean competitivos. Deberán asimismo respetar los plazos de entrega y las condiciones de garantía que ofrece Systemform a sus clientes». Los precios a que se hace referencia figuran en listas de precios denominados en marcos alemanes, que Systemform aplica a todos sus distribuidores. Los «precios de venta» son los precios de reventa de los distribuidores.”⁴¹

- En el caso de los contratos de **Scani A/S, Dinamarca** (contrato firmado antes del 31 de diciembre de 1991), **Linetex S.A., España** (contrato firmado antes del 31 de diciembre de 1991) y **Schleicher & Co., Reino Unido** (contrato firmado antes del 31 de diciembre de 1991), se utiliza la misma cláusula.
- **(ii) Moore Gesellschaft mbH, Austria** (contrato firmado el 29 de abril de 1991), el Apartado 14 dice: “...Systemform y el distribuidor fijarán los precios de venta para el territorio contractual teniendo en cuenta las particularidades del mercado. El distribuidor garantizará la competitividad de los precios”.⁴²
- En los contratos **Speciaaldrukkerij Lijnco Groningen BV, Países Bajos** (contrato firmado el 16 de enero de 1995) y **Berthom Groep BV, Países Bajos** (contrato firmado el 9 de noviembre de 1993), se utiliza esta misma cláusula.
- **(iii) Novapost, Grecia** (contrato firmado el 22 de junio de 1994);, el Apartado 15 dice: “...Los precios de venta en el territorio contractual serán fijados por el distribuidor teniendo en cuenta la situación de la competencia. En caso de que se le solicite, el distribuidor informará a Systemform de los precios fijados y los descuentos aplicados”.⁴³

41 Idem

42 Idem

43 Idem.

- **(iv) Concesionarios que operan en Alemania:** Todos se rigen por la siguiente cláusula: Apartado 12: “...*Los precios indicativos para el cliente final se establecerán conjuntamente con el concesionario. Incluirán un margen comercial del 35% para el concesionario (las excepciones se acordarán conjuntamente). La instalación de los aparatos será gratuita*”.⁴⁴
- Otros contratos que ya no estaban vigentes al momento de la Decisión de la Comisión, pero en los cuales Systemform también llevó a cabo restricciones a la fijación de precios son:
 - **(i) Computermail, Reino Unido** (contrato firmado el 2 de abril de 1984). “*Cláusula 14: Systemform y el concesionario acordarán conjuntamente y en función de las condiciones del mercado los precios de venta en el territorio contractual. Éste garantizará a sus clientes las condiciones establecidas por Systemform en lo que se refiere a los plazos de servicios y garantía*”.⁴⁵
 - Esta cláusula también fue utilizada en el contrato **Borge Andersen, Dinamarca** (contrato firmado el 15 de junio de 1984).
 - Los abogados de Systemform manifestaron que las cláusulas citadas no eran aplicadas y que su intención era asegurar que Systemform estuviera informada de las condiciones de mercado en los diferentes países.

3.2.3 *Commission v Volkswagen AG. Asunto C-74/04 P*⁴⁶

- El Tribunal de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas solicitando la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

44 Idem.

45 Idem.

46 Commission v. Volkswagen AG. Sentencia C-74/04 P. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0074&from=EN>

- Volkswagen distribuye sus vehículos a través de un sistema de distribución selectivo y exclusivo, mediante concesionarios con los cuales se han firmado contratos de concesión comercial tipo.
- La Comisión en la decisión de 2001 consideró que Volkswagen había infringido el artículo 81 del Tratado CE al establecer unos precios de venta vinculante para el modelo VW Passat requiriendo a sus distribuidores en Alemania para que no concedieran descuentos a sus clientes, p para que éstos fueran limitados, en relación con la venta de este modelo.
- Sin embargo, en el recurso de casación el Tribunal de Justicia manifiesta que *“la voluntad de las partes puede desprenderse tanto de las cláusulas del contrato de concesión de que se trata como del comportamiento de las partes y, en particular, de la eventual existencia de un consentimiento tácito de los concesionarios al requerimiento del fabricante.....*
- *“En el presente caso, por lo que respecta al primer supuesto la Comisión dedujo la existencia de una voluntad concordante entre las partes sólo de las cláusulas del contrato de concesión de que se trata. El Tribunal de Primera Instancia debía dedicarse después, como hizo, a examinar si las directrices controvertidas están expresamente contenidas en el contrato de concesión o, al menos, si las cláusulas de éste permiten que el fabricante de automóviles se sirva de tales directrices.”⁴⁷*

4. LA FUP EN COLOMBIA

Al igual que en el caso del derecho comparado, comenzaremos por analizar los acuerdos verticales de fijación de precios, para pasar posteriormente al estudio de las conductas unilaterales de fijación de precios – FUP.

47 Idem

Al respecto, como ya se dijo, la Ley colombiana no diferencia entre los acuerdos horizontales y verticales de fijación de precios⁴⁸. En efecto, de la lectura del artículo 47(1) del Decreto 2153, se puede deducir que son ilegales *per-se* los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico define estas conductas como nocivas para el mercado, sin entrar a discutir sus posibles efectos pro competitivos o de eficiencia⁴⁹ y tampoco, si se trata de fijación de precios mínimos o máximos.

Ya en el plano de las conductas unilaterales a las cuales la ley colombiana denomina “actos”, tenemos que los artículos 48(2) y 48(3) del mismo Decreto 2153 señalan como anticompetitivos aquellos actos por medio de los cuales se busca influenciar a una empresa para que suba sus precios o se abstenga de bajarlos⁵⁰ y

48 Miranda Londoño, Alfonso, “VERTICAL INTRA-BRAND COMPETITION”. The tension created by direct sales. *Analysis under Colombian Competition Law*, Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. XIII, 2013.

49 “Como se puede observar, la norma no hace distinción ninguna entre un acuerdo vertical y uno horizontal de fijación de precios (a diferencia de lo que sucede en la actualidad en los E.U.A., como ya se explicó), razón por la cual se debe aplicar el criterio estricto de la regla *per-se* a ambas clases de acuerdos, sin entrar por lo tanto a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino simplemente su realización objetiva”. Tomado de: Miranda Londoño, Alfonso, Ibarra Pardo, Gabriel, “La Práctica de la Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”, En: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/la-practica-de-fijacion-unilateral-de-precios-y-su-aplicacion-en-colombia-gabriel-ibarra-pardo-y-alfonso-miranda-londono.pdf>

50 Decreto 2153 de 1992: ARTICULO 48. ACTOS 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 los siguientes actos:

(...)

2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.

aquellos por medio de los cuales se realiza una NUC o se discrimina a una empresa, como retaliación a la política de precios⁵¹.

Desde hace tiempo hemos venido insistiendo en la necesidad de que la legislación de nuestro país reconozca los avances del Derecho de la Competencia Norteamericano, que como ya hemos visto, entre 1997 y el 2007 pasó los acuerdos máximos y mínimos de fijación de precios del análisis de la regla de ilegalidad *Per Se*, al análisis de la *Regla de la Razón*.

En el presente documento pretendemos mostrar la evolución del pensamiento de la autoridad de competencia en Colombia, la cual poco a poco ha venido distinguiendo a través de sus decisiones y opiniones, entre las conductas horizontales y las verticales, entre la competencia inter – marca y la competencia intra – marca, y los diferentes efectos que una restricción puede tener sobre cada una de estas situaciones.

4.1 LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 155

De conformidad con lo dispuesto por el artículo noveno de la Ley 155: “*Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.*”

Mucho se ha discutido acerca de la vigencia o derogatoria de este artículo. Si se aceptara que continúa vigente, se podría argumentar que el fenómeno de la FUP en Colombia es legal *per*

51 Decreto 2153 de 1992: ARTICULO 48. ACTOS 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 los siguientes actos:

(...)

3. 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.

– se⁵², y que además es una norma de obligatorio seguimiento por parte de las redes de distribución y comercialización, cuando los productores ejercen la facultad de fijar de manera unilateral los precios de venta al siguiente eslabón de la cadena. Es preciso aclarar, sin embargo, que tanto el Consejo de Estado⁵³ como la SIC⁵⁴ han expresado ya que este artículo se encuentra derogado.

Como se observa en las notas de pie de página, una de las teorías sobre la derogatoria del artículo que se estudia, atribuye la pérdida de vigencia de la norma, a la expedición del régimen de competencia desleal contenido en los artículos 75 a 77 del Código de Comercio (hoy derogados a su vez por la Ley 256 de 1996). Según esta hipótesis, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2033 del Código de Comercio, el Código regulaba íntegramente la materia mercantil incluyendo lo relativo a la competencia desleal, por lo cual con la expedición del Código, la norma del artículo 9 de la Ley 155 que hacía referencia a “...las sanciones previstas para los casos de competencia desleal” quedaba derogado.

Sin embargo, en contra de esta teoría se puede argumentar que el artículo 9 de la Ley 155 no hace referencia a una conducta

52 Ibidem.

53 Sentencia del CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009). “*Tampoco es de recibo el argumento de la parte demandante, en cuanto a que el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 es aplicable a este caso. Al respecto, esta Sala comparte el criterio del a quo, quien señala que esta disposición se encuentra derogada, por ser contraria a las finalidades del artículo 48 del Decreto Ley 2153 de 1992.*” (subrayado por fuera del texto original). Según esto, y dando aplicación al artículo 59 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 9 de la Ley 159 de 1959 debe entenderse derogado.

54 Concepto 94006125 del 17 de febrero de 1994 SIC: “*Con la expedición del Código de Comercio el artículo quedó derogado. Esto en atención a que la competencia desleal, una de cuyas modalidades se encontraba descrita en ese artículo, es materia regulada de manera íntegra en el título V del libro primero de esa codificación, en los términos de su artículo 2033.*” El artículo, según esta posición, implicaba competencia desleal porque no era un ataque al mercado mismo y a la competencia, sino a los competidores.

de competencia desleal, sino a una práctica restrictiva de la competencia⁵⁵ y por esta razón, el artículo no se encuentra derogado.

En segundo lugar, se indica que el artículo 9 de la Ley 155 se encuentra derogado por estar en contradicción expresa con el artículo 47(1) del Decreto 2153, que prohíbe la fijación vertical y horizontal de precios⁵⁶. Esta posición no es de recibo puesto que habrá que entender que no es posible tratar a la FUP como un acuerdo de precios en los términos del artículo 47(1) del Decreto 2153.

En tercer lugar, se encuentra la posición según la cual el artículo 9 de la Ley 155 se encuentra derogado por estar en contradicción expresa con el artículo 48(2) del Decreto 2153⁵⁷. Esta, parecería ser la posición más razonable frente a la derogatoria del artículo. Sin embargo, es posible hacer una lectura armónica

55 *“Por lo tanto, en nuestra opinión, la conducta de violación de la FUP, constituye una práctica restrictiva de la competencia a la cual se le aplican las sanciones previstas para los casos de competencia desleal, que en la Ley 155 de 1959 eran las mismas sanciones que se aplicaban a las demás prácticas restrictivas de la competencia.”* Tomado de: Miranda Londoño, Alfonso, Ibarra Pardo, Gabriel, “La Práctica de la Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”. En: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/la-practica-de-fijacion-unilateral-de-precios-y-su-aplicacion-en-colombia-gabriel-ibarra-pardo-y-alfonso-miranda-londono.pdf>. También, se puede ver el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del día 24 de mayo de 1989.”

56 ARTÍCULO 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:

Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

57 ARTÍCULO 48. ACTOS 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 los siguientes actos:

“...”

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.

de ambas normas, ya que la prohibición de influir en los precios de otras empresas se predica de los eventos en los cuales el fabricante no haya hecho uso de la prerrogativa de fijar los precios de venta al público, como se lo permite expresamente el artículo 9 de la Ley 155. Cuando el fabricante está haciendo uso de esa potestad, los precios al público del producto son establecidos por el fabricante y no del distribuidor o la empresa que los vaya a comercializar, pues en los términos del artículo 9 bajo estudio, en esos casos ni el propio fabricante ni sus distribuidores pueden vender a precios diferentes.

El mismo racional se aplicaría para decir que el artículo 9 de la Ley 155 puede interpretarse de manera armónica con el artículo 48(3)⁵⁸ del Decreto 2153, ya que cuando el fabricante ejerce la prerrogativa que le otorga el artículo 9 de la Ley 155, en el sentido de fijar los precios de venta al público, en esos casos se entiende que el comercializador de los productos está en la obligación de vender a esos precios y por lo tanto no puede desarrollar una política propia de precios respecto de la cual pueda existir una retaliación. En caso de que se presente la NUC o la discriminación de ese agente de mercado, esas conductas podrían resultar restrictivas de la competencia, pero no por ello debe entenderse derogado el artículo 9 de la Ley 155, el cual resulta compatible con el Decreto 2153 como hemos visto.

Por último, podemos encontrar la posición mediante la cual se establece que el artículo 9 de la Ley 155 de 1959 fue derogado por las disposiciones del Decreto 3466 que contenía el Estatuto de Protección al Consumidor, el cual fue en su mayoría sustituido

58 Decreto 2153 de 1992: ARTÍCULO 48. ACTOS 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 los siguientes actos:

“...”

3. 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.

por el Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor, contenido en la Ley 1480 de 2011 (Ley 1480). Lo primero que hay que decir con respecto del antiguo Estatuto de Protección al Consumidor (Decreto 3466) es que el mismo contenía disposiciones que permitían la aplicación de la FUP en Colombia. Así, los artículos 18⁵⁹, 19⁶⁰ y 20⁶¹ del mencionado decreto establecen las reglas sobre la fijación de precios de venta al público.

59 Decreto 3466 de 1982. ARTÍCULO 18. Obligación de fijar los precios máximos al público:

Todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca, para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de ésta, según sus posibilidades o conveniencia, el sistema de fijación en lista o el de fijación en los bienes mismos. Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios máximos al público indicados en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor.

60 Decreto 3466 de 1982. ARTÍCULO 19. Sistema de fijación de precios en lista: La fijación de precios máximos al público, por el sistema de listas, deberá hacerse en caracteres perfectamente legibles y en sitio visible al público.

En las listas se indicará cuál o cuáles precios de bienes o servicios han sido fijados oficialmente, y será obligación del proveedor o expendedor informar a toda persona que lo solicite la disposición oficial que haya establecido o fijado el precio, así como el organismo o autoridad que la haya dictado.

PARÁGRAFO: Para efecto de lo dispuesto en este artículo, los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el Diario Oficial y al menos en dos (2) diarios más de amplia circulación nacional.

61 Decreto 3466 de 1982. ARTICULO 20. Sistema de fijación de precios en los bienes mismos:

Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos, la indicación que de dichos precios hagan los productores, proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos.

La utilización de este sistema es obligatorio para todos los bienes procesados, transformados o manufacturados y para los que determine la autoridad competente.

A través del Decreto Extraordinario 1122 de 1999⁶² se intentó eliminar la obligación de fijar los precios máximos al público por parte del productor, mediante la derogatoria expresa del inciso 2 del artículo 18 del Decreto 3666 de 1982. A su vez, se intentó modificar el inciso primero del artículo 20 del Decreto 3644 de 1982 estableciendo que *“Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos”*. Sin embargo, el mencionado Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C – 923 de 1999.

Al año siguiente, el Gobierno Nacional, nuevamente en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la República, expidió el Decreto 266 de 2000. Dicho decreto contenía en sus artículos 116 y 117, las mismas disposiciones que se establecieron en el Decreto 1122 de 1999 anteriormente citado, en un nuevo intento por eliminar la obligación de fijar los precios máximos al público por parte del productor, así como de modificar el inciso primero del artículo 20 del Decreto 3466. La Corte Constitucional, por Sentencia C–1316 de 2000, declaró inexecutable el Decreto 266 de 2000, razón por la cual los artículos 18 y 20 del Decreto 3466 mantuvieron su vigencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Como se puede observar, después del fallido intento de modificación de la legislación sobre FUP, como consecuencia de la sentencia C-1316 de 2000, para ese año la potestad del fabricante de determinar los precios de venta al público y la obligación de que los mismos sean informados al público bien sea por el productor o por el comercializador, se encontraba vigente, así como

62 Este decreto fue expedido con base en las facultades extraordinarias que le otorgó al Presidente de la República e artículo 100 de la Ley 489 de 1998.

el sistema de fijación de precios en los bienes mismos, que era una obligación que debían cumplir los productores, proveedores o expendedores, como los denomina la norma.

De otra parte, resulta importante destacar que las normas mencionadas no fueron derogadas en forma expresa o tácita por el Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor, contenido en la Ley 1480. En efecto, el artículo 84 de dicha Ley, relativo a la vigencia del mismo, establece que la misma “...*deroga todas las normas que le sean contrarias*”, pero se abstuvo, como hubiera sido deseable, de realizar una derogatoria expresa y absoluta del anterior Estatuto de Protección al Consumidor contenido en el Decreto 3466.

Así pues, el operador jurídico se ve obligado a realizar un ejercicio de hermenéutica con el fin de establecer cuáles reglas del Estatuto de Protección al Consumidor anterior son contrarias a lo dispuesto en el Nuevo Estatuto, puesto que las que no le sean contrarias, tienen plena vigencia y aplicación.

Al respecto, el Nuevo Estatuto de Protección al Consumidor consagra en su artículo 26 que: *“El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado. Las diferentes formas que aseguren la información visual del precio y la posibilidad de que en algunos sectores se indique el precio en moneda diferente a pesos colombianos, serán determinadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. (...) Cuando el producto esté sujeto a control directo de precios por parte del Gobierno Nacional, el fijado por este será el precio máximo al consumidor y deberá ser informado por el productor en el cuerpo mismo del producto, sin perjuicio del menor valor que el proveedor pueda establecer (...)*

Tal y como se puede apreciar, la FUP no se encuentra prohibida expresamente por ninguna norma ni en contradicción alguna con el Estatuto de Protección al Consumidor Vigente.

Una vez analizado el tema de la vigencia tanto del artículo 9 de la Ley 155 como de los artículos 18 a 20 del Decreto 3466, en el siguiente punto analizaremos si estas normas están en pugna con la forma en que se han interpretado y aplicado las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia y en especial el artículo 47(1) y el artículo 48(2) y (3) del Decreto 2153.

4.2 LA INTERPRETACIÓN DE LA FUP COMO UN ACUERDO

Aunque es una interpretación que contradice el significado mismo de las palabras, la SIC ha entendido que la FUP debe ser entendida como una conducta que genera un acuerdo, una forma de colusión de precios que debe ser sancionada bajo el artículo 47(1) del Decreto 2153.⁶³ En este sentido, la FUP (al ser una restricción de carácter vertical) se ha entendido a través de diferentes conceptos y resoluciones, como una conducta ilícita, como un acuerdo restrictivo de la competencia. Los principales pronunciamientos en este sentido son:

4.2.1 Resolución No. 925 del 30 de enero de 1996 (Automóviles I – Caso SOFASA)

La SIC acusó a los fabricantes de automóviles de realizar acuerdos verticales de fijación de precios con su red de distribución, con base en la práctica de dichos productores, en el sentido de expedir listas de precios de venta sugeridos al público, las cuales hacían circular entre sus concesionarios.

63 Zuleta Londoño, Alberto. “La regulación sobre el mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. Encontrado en: CEDEC XI Vol. 7. Enero – Diciembre de 2011. Página 22.

*4.2.3 Resolución No. 801 del 30 de enero de 1996
(Automóviles II – Caso GMC)*

La SIC abrió investigación contra General Motors Colmotores S. A. (G.M.C.) para analizar si los contratos que este fabricante había celebrado con sus concesionarios violaban las normas de competencia. Si bien el proceso terminó de manera anticipada por la aceptación de garantías, la acusación de la SIC implicaba que la FUP que G.M.C. le establecía a sus concesionarios comportaba la realización de un acuerdo de precios en violación del artículo 47(1) del Decreto 2153.

*4.2.4 Resolución No. 697 del 21 de enero de 1997
(Automóviles III – Caso HYUNDAI)*

En esta ocasión la SIC investigó a HYUNDAI COLOMBIA AUTOMOTRIZ S.A. por la violación del artículo 47(1) del Decreto 2153. Aquí se trató el tema de la FUP, una vez más, como un acuerdo. Dijo la SIC en esta ocasión que es necesario:

“Mantener el derecho de HYUNDAI COLOMBIA AUTOMOTRIZ S.A. para establecer y modificar los precios y demás condiciones de venta a sus concesionarios, de todos los productos a ser adquiridos de aquella por éstos, pero eliminando la obligación para los concesionarios de vender los automóviles, repuestos y accesorios, a los precios señalados por HYUNDAI COLOMBIA AUTOMOTRIZ S.A., al igual que eliminando la prohibición a los concesionarios para aumentar, disminuir, o emplear sistemas que en alguna forma impliquen modificar los precios y a cambio, determinando que aquellos siempre fijarán sus propios precios de venta al público de automotores, repuestos y accesorios; eliminando la autorización de los concesionarios a HYUNDAI COLOMBIA AUTOMOTRIZ S.A., para comprobar que aquellos no han modificado los precios de venta de los automotores o repuestos por los concesionarios, como causal para la terminación del contrato”.

Como se puede observar, en este caso la SIC no aceptó que Hyundai le impusiera a sus concesionarios los precios de reventa de los vehículos y repuestos.

Resolución No. 7203 del 23 de abril de 1999 (Caso PURINA)

La SIC abrió investigación contra Agribands Purina Colombia S.A., Purinorte Ltda., Veterinaria Especializada Ltda., AG Veterinaria Tunjuelito Ltda. y Distribuidores Nutrifarm Ltda., para determinar si estas personas jurídicas acordaron con respecto a los productos Purina:

- a. Que el descuento por pago de contado sería del 8%, más un 5% adicional. Si el pago se realizaba a los 15 días, se otorgaría un descuento del 8% más un 2% adicional. El plazo máximo de pago sería de 15 días.
- b. Que en el caso de la presentación en paquetes, se establecieron porcentajes de descuentos de acuerdo con la forma de pago y el número de bultos comprados.
- c. Que los descuentos máximos en las ventas por mostrador serían del 3% en el caso de la presentación por bultos y del 10% para la presentación en paquetes.

Aunque la investigación terminó de manera anticipada mediante el otorgamiento y aceptación de garantías, es importante evidenciar la forma en la que la SIC interpretó la FUP en el presente caso. En este sentido, la SIC manifestó que los distribuidores deben contar con una total libertad para fijar los precios, las condiciones de comercialización y manejar los márgenes de utilidad de los productos adquiridos. Por lo tanto, Purina sólo puede fijar los precios a los que vende a sus distribuidores y clientes directos. Así mismo dijo que Purina debería abstenerse de sugerir precios de venta al público.

4.3 LA INTERPRETACIÓN DE LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS FUP COMO UN ACTO

La SIC también ha sancionado la FUP como una conducta unilateral o un acto violatorio del artículo 48(2) del Decreto 2153, por medio del cual se prohíbe que una empresa inflencie a otra para que suba sus precios o desista de su intención de rebajarlos. Los principales pronunciamientos en este sentido se resumen a continuación.

4.3.1 *Resolución No. 27263 del 15 de diciembre de 1999 (Caso COLTAVIRA)*

COLTAVIRA era una empresa que producía y distribuía medidores volumétricos a través de distribuidores que los compraban para luego revenderlos. En la resolución de apertura de la investigación, la SIC identificó los siguientes hechos y realizó las siguientes imputaciones:

- Por medio de una serie de comunicados COLTAVIRA le indicó a sus distribuidores que “... *por ningún motivo ofrecieran en venta medidores volumétricos con descuentos superiores al 10% sobre los precios de lista vigentes.*” La SIC consideró en la apertura de la investigación que esta conducta podría resultar violatoria del artículo 48(2) del Decreto 2153, puesto que con los comunicados la empresa buscaba influenciar a sus distribuidores para que incrementaran los precios de los productos o desistieran de su intención de rebajarlos.
- Adicionalmente, la SIC encontró que COLTAVIRA le había manifestado a sus distribuidores que “... *con el ánimo de que las buenas relaciones comerciales no se vieran deterioradas, por ningún motivo ofrecieran descuentos superiores al 10% sobre el precio de lista vigente de medidores volumétricos de*

la marca KENT". La SIC consideró en la apertura de la investigación que con este tipo de comunicaciones amenazantes Coltavira podría haber violado el artículo 48(3) del Decreto 2153.

a. Respecto de la violación del artículo 48(2) del Decreto 2153

La SIC argumentó que para que se materialice esta infracción, es indispensable probar: **(i)** la existencia de dos empresas independientes; y **(ii)** la influencia de una sobre la otra para que incrementen los precios o desista de su intención de rebajarlos. En el caso de Coltavira, la SIC encontró que la empresa era independiente de sus distribuidores, puesto que no se presentaba ninguna situación de control en los términos de la Ley 222 de 1995.

La SIC definió la influencia como "*la fuerza moral que se ejerce sobre una persona, concretamente, es la insinuación que una persona hace a otra con un determinado fin. El elemento se cumple probando que el sujeto pasivo recibe una directriz por parte de un tercero, a fin de modificar su visión sobre el punto de precio antes mencionado*". En este caso la SIC encontró demostrada la influencia en las comunicaciones que Coltavira le remitió a sus distribuidores.

b. Respecto de la violación del artículo 48(3) del Decreto 2153

Según la SIC, para que se materialice esta infracción, es indispensable probar: **(i)** la existencia de dos empresas independientes; **(ii)** la negativa unilateral a vender o a prestar servicios, o una discriminación en contra de la empresa víctima de la conducta; y **(iii)** que tal actitud tenga como causa la política de precios de la víctima.

En este caso la SIC no encontró demostrados los anteriores supuestos según los testimonios y las declaraciones del proceso.

Finalmente, la SIC impuso una sanción por COP \$100.000.000 a Coltavira y le impuso la obligación de enviarle a todos sus distribuidores una comunicación en donde se establezca que *“quedan en absoluta libertad de enajenar los medidores volumétricos y cualquier otro bien al precio y en las condiciones que el distribuidor estime, sin ninguna influencia externa”*.

Las Resoluciones 27263 de 1999 y 13514 de 2000 fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación que denegó las pretensiones de la demanda por considerar, entre otras cosas, que la conducta investigada por la SIC correspondió a un acto contrario a la libre competencia que consistió en influenciar a una empresa para que desistiera de su intención de rebajar los precios.

Se presentó recurso de apelación contra la Sentencia del Tribunal, el cual fue resuelto por el Consejo de Estado mediante Sentencia del 9 de octubre de 2003, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

El Consejo de Estado consideró que al verbo “influenciar” no se le puede dar alcance relacionándolo con el resultado que del mismo se derive, y que en el caso bajo estudio se trató de meras sugerencias no acompañadas de retaliaciones ni de cesación de las relaciones comerciales. La intención de COLTAVIRA no fue simplemente la de “sugerir”, “insinuar” o “sugerir” una idea, sino que se advierte el propósito de ejercer poder o autoridad sobre los destinatarios. Para los efectos de la norma que se considera violada es irrelevante si la influencia hubiera tenido o no el resultado buscado, pues la norma no establece ningún tipo de condicionamiento, y si el sujeto pasivo de la influencia hubiera o no tenido la idea de incrementar o rebajar los precios, basta con que se ejerza presión tendiente a evitar el incremento o a impedir la rebaja.

4.3.2 Resolución No. 08231 del 21 de marzo de 2001 (Caso CASA LUKER)

Casa Luker S.A. (Luker) es una empresa colombiana dedicada, entre otros, a la producción y distribución de chocolate y productos derivados del cacao y otros productos alimenticios, dentro de los cuales se encuentra el Aceite Gourmet. Mediante Resolución 2212 del 31 de enero de 2000, la SIC abrió investigación en contra de Luker y algunas personas naturales, por la presunta violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y en especial por la infracción del artículo 48(2) del Decreto 2153, en concordancia con la Ley 155, según el cual se considera como acto contrario a la libre competencia el hecho de influenciar a una empresa para que incremente sus precios o desista de su intención de rebajarlos.

a. Respecto de la violación del artículo 48(2) del Decreto 2153

La SIC consideró que Luker, como productor y distribuidor de Aceite Gourmet violó la norma citada al manifestarle a Makro de Colombia S.A. que participaría en el Makro Mail 18° otorgándole un descuento *no transferible al público* del 7% sobre el aceite vegetal Gourmet de 5.000 c.c.

De conformidad con lo establecido por la SIC, para la configuración de la práctica anticompetitiva mencionada es necesario que existan mínimo dos empresas: una que realiza la conducta restrictiva y por lo menos otra que recibe la influencia de tal conducta. En el presente caso se cumplió este requisito, ya que tanto Luker como Makro son empresas que actúan en el mercado de manera independiente y autónoma.

Para la SIC el artículo 48(2) citado prohíbe el que una empresa despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de otra, respecto del precio de los bienes y servicios de ésta, cuando

la orientación se encuentra encaminada a que la otra empresa incremente sus precios o desista de su intención de reducirlos, y la infracción ocurre sin importar que se logre o no el resultado.

En este caso Luker le ofreció a Makro venderle sus productos a un precio inferior al que habitualmente le otorgaba, pero le impuso como obligación a Makro que no podría transferirle dicho descuento al público, con lo cual condicionó el descuento y le impidió a Makro decidir sobre su propia política de precios respecto de la transferencia del descuento al consumidor final, lo cual resulta restrictivo de la de vista de la competencia, ya que comporta una limitación a la posibilidad que tiene Makro de fijar libremente los precios y los descuentos de sus productos. Adicionalmente, Luker le manifestó de manera expresa a Makro que no podía transferir el descuento y no podía vender por debajo del costo, con lo cual le creó precio mínimo de venta o un piso de precio, lo cual reafirma la influencia de Luker sobre Makro para que desista de rebajar hasta cierta proporción los precios al consumidor.

Con base en los anteriores hechos, la SIC le impuso a Casa Luker una sanción por Trescientos Millones de pesos (\$300' 000.000,00).

Tanto esta Resolución como la Resolución No. 20229 del 22 de junio de 2001 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por Luker fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B el cual denegó las pretensiones de la demanda por lo que la empresa interpuso recurso de apelación ante el Consejo de Estado, autoridad que se pronunció por medio de la Sentencia del 19 de noviembre de 2009, con ponencia del Consejero Ponente Marco Antonio Velilla Moreno. En esta oportunidad el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

- Las comunicaciones enviadas por Luker a Makro comprometieron su responsabilidad por la violación de las normas de competencia.

- La empresa que actuó como sujeto activo fue Luker a través de sus empleados; y el sujeto pasivo debe ser una empresa que es destinataria de los actos tendientes a influenciar su conducta empresarial. En este caso, Makro es una empresa y recibió las órdenes y presiones ilegales de Luker, razón por la cual el elemento subjetivo contemplado en la norma se cumple.
- El elemento objetivo es el ejercicio de la actividad económica desplegada por la empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece.
- La conducta de “*influnciar*” presupone “incidir”, “sugerir”, esto es, “insinuar” o “inspirar” una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, para aumentarlo o disminuirlo.
- En este caso a pesar de las comunicaciones de Luker, Makro mantuvo su propia política de fijación de precios, consistente en bajar el precio final de venta al público. La empresa influenciada hizo caso omiso de la exigencia de la actora.
- Del texto de las comunicaciones se infiere que la intención era que Makro no trasladara el descuento al público consumidor, pues se observa en el mismo que se trataba de una orden imperativa de no hacerlo, y en este orden de ideas la conducta desplegada por Luker es una limitante a la libre competencia, en cuanto pone de manifiesto una intromisión indebida en la libertad de precios de la empresa influenciada.
- La Sala considera que la interpretación del verbo rector “*influnciar*” en el contexto de la norma, implica que la conducta desplegada constituya una influencia sobre la empresa que recibe la orden, sin que sea necesario que la orden sea cumplida o que la influencia surta un efecto, para que se considere tipificada la conducta restrictiva de la competencia.

- Para la Sala es irrelevante el tamaño o la capacidad o la potencialidad de Luker y Makro, pues es suficiente la presión ejercida por Luker, tendiente a evitar la rebaja, independientemente de si la empresa influenciada se haya abstenido o no de actuar.
- Igualmente son irrelevantes las pruebas presentadas por Luker en el sentido de demostrar que no contaba con la capacidad de influenciar a Makro porque había en el mercado otros oferentes, ya que la norma no contiene supuestos condicionantes de este tipo ni requiere una determinada posición o poder de mercado para ser aplicada.⁶⁴

*4.3.3 Resolución No. 25420 del 6 de agosto de 2002
(Caso Asociación de Distribuidores Minoristas
de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño -
ADICIONAR)*

ADICIONAR era una asociación que reunía algunas estaciones de servicio de suministro de combustible en el Departamento de Nariño. Mediante Resolución No. 26097 del 16 de agosto de 2001, la SIC abrió investigación a ADICONAR por la presunta realización de actos tendientes a influenciar a sus asociados y en general sobre las estaciones de servicios del departamento de Nariño, respecto de los precios de venta al público que debían cobrar en sus surtidores de combustibles, ya para aumentarlo o para desistir de su intención de rebajarlos. La SIC tuvo en cuenta los siguientes hechos:

- ADICONAR informaba a sus asociados, por medio de boletines, los precios que debían cobrar por la venta de combusti-

⁶⁴ Al respecto es importante considerar que posteriormente la misma SIC se ha encaminado a calificar la conducta, indicando que no es cualquier empresa la que puede realizar un acto anticompetitivo, sino alguna que tenga algún poder de mercado y pueda alterar la estructura del mercado.

bles. Los boletines se encontraban con precios y lineamientos distintos a los fijados por el Ministerio de Minas y Energía.

- Los precios que fijaba ADICONAR eran superiores a los fijados por el Ministerio de Minas y Energía. La SIC consideró al respecto que el cambio de precio en los surtidores, particularmente en la ciudad de Pasto, sometida al régimen de libertad vigilada, no puede sujetarse en ningún caso a las decisiones de una asociación, cuando ni siquiera los distribuidores minoristas están obligados a hacerlo por el hecho de la expedición de las resoluciones del Ministerio de Minas.

a. Respecto de la violación del artículo 47(1) del Decreto 2153

Según la SIC, para que se materialice esta infracción debe demostrarse la existencia de uno de los dos supuestos fácticos para la existencia de un acuerdo de precios; es decir, que el acuerdo: **(i)** Tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios; o **(ii)** Tenga como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Teniendo en cuenta que la SIC sólo abrió investigación contra ADICIONAR, y la norma exige que el acuerdo sea al menos entre dos empresas, no se puede advertir la existencia de este supuesto.

b. Respecto de la violación del artículo 48(2) del Decreto 2153

Al respecto la SIC considera que deben probarse los supuestos fácticos señalados por la norma, la cual requiere que se demuestre la existencia de una conducta orientada a influenciar a una empresa **(i)** para que incremente los precios de sus productos; o **(ii)** para que desista de su intención de rebajar los precios de sus productos.

La SIC concluyó que ADICONAR había influenciado a los minoristas de combustibles del departamento de Nariño para que

incrementaran los precios de sus productos, al señalar a través de sus boletines, el precio que se debía cobrar en Pasto, a partir de la indicación de un día específico, como de la hora en que debía aplicarse dicho precio. Y adicionalmente las empresas no podían competir con precios más bajos so pena de que ADICONAR tomara acciones en contra de las mismos. Por esto, la SIC concluyó que la asociación influyó a los minoristas de combustible para que desistieran de su intención de rebajar los precios.

También en este asunto se trató el punto de la influencia para que se desista de la intención de rebajar los precios, como la segunda posibilidad infracción del artículo 48, numeral 2. Bajo este punto la SIC indicó que: “[...] *la conducta asumida por Adiconar de procurar una paridad de precios entre sus asociados y de reprimir los intentos que algunos de ellos hicieran por rebajarlos, es merecedora de reproche, en tanto desvirtúa y desestimula la libre competencia en la distribución minorista de combustibles, contraviniendo una de las finalidades pretendidas por nuestra legislación*”.

Por lo anterior, la SIC sancionó a ADICIONAR con una multa de \$43'029.969,00.

4.3.4 Resolución No. 8310 del 28 de marzo de 2003 (Caso GABRICA)

GABRICA es una empresa multinacional Colombiana dedicada a la producción, importación y comercialización de productos especializados para mascotas, para lo cual ofrece soluciones inteligentes para médicos veterinarios y dueños de mascotas.

Mediante Resolución No. 960 del 23 de enero de 2002, la SIC abrió investigación a GABRICA Ltda. por la presunta infracción del artículo 48(2) y (3) del Decreto 2153. La SIC tuvo en cuenta los siguientes hechos:

- GABRICA fijaba una lista de precios “sugeridos” al público, que posiblemente se tornaba obligatoria, al indicar a sus

clientes el margen de comercialización que debían obtener so pena de que se suspendieran los envíos de sus pedidos.

- GABRICA realizó actos orientados a influenciar a la empresa Concentrados del Norte, para que desistiera de su intención de rebajar los precios de los productos adquiridos a GABRICA.

a. Respecto de la violación del artículo 48(2) del Decreto 2153

Respecto a este numeral, la SIC consideró que deben demostrarse los supuestos fácticos contenidos en la norma, los cuales hacen referencia a la realización de una conducta orientada a influenciar a una empresa (i) para que incremente los precios de sus productos; o (ii) para que desista de su intención de rebajar los precios de sus productos.

La SIC concluyó que se encontraban presentes los elementos objetivos y subjetivos requeridos: El elemento subjetivo se cumplía al advertirse la presencia de los sujetos activo (GABRICA) y pasivo (Concentrados del Norte). Por otra parte, también se encontró la presencia del elemento objetivo al establecerse entre otros hechos que GABRICA se dedica a la importación de productos veterinarios que luego distribuye a través de sus clientes, dentro de los cuales se encuentra Concentrados del Norte.

Los productos de GABRICA requieren generalmente de la asistencia de un médico veterinario y por esto, les concedía a sus clientes un 20% de margen de descuento. Sin embargo, Concentrados del Norte tenía su propia política de precios consistente en utilizar un 7% del total del margen de descuento para poder bajar el precio final de venta al público.

GABRICA decidió terminar sus relaciones contractuales con Concentrados del Norte porque esta empresa no acataba el precio sugerido y eso hizo que se generara inconformidad con los demás distribuidores. En su defensa GABRICA argumentó que para la

empresa el nivel de servicio es muy importante y constituía un valor agregado, que la empresa no competía por precio sino por servicio y por esa razón no estaba de acuerdo con la política de Concentrados del Norte de tener solo un margen de ganancia del 7% cuando lo normal es del 20%, y el resto darlo al consumidor final.

b. Respecto de la violación del artículo 48(3) del Decreto 2153

Según la SIC, para que se materialice esta infracción deben probarse los supuestos fácticos de la existencia de un acto que consista en: **(i)** negarse a vender o prestar servicios a una empresa cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios; o **(ii)** Discriminar en contra de una empresa cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

En el presente caso la SIC pudo establecer la negativa de venta de GABRICA a Concentrados del Norte, debido a la política de precios que dicha empresa empleaba en la venta de los productos veterinarios y concentrados adquiridos de GABRICA.

La SIC consideró que GABRICA era responsable por la infracción del artículo 48(2) y (3) del Decreto 2153 y le impuso una sanción de \$76'611.644.

Las Resoluciones 8310 y 16200 de 2003 fueron demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A" con el fin de que se declarara su nulidad. Mediante Sentencia del 8 de febrero de 2007 el Tribunal, con Ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia negó las pretensiones de la demanda considerando lo siguiente:

- No se encontró demostrado que GABRICA no hubiera ejercido una conducta que atentara contra la libre competencia. Por el contrario, de los documentos que obran en el expediente la Sala puede deducir que la sociedad demandante si influyó a

Concentrados del Norte para que incrementara los precios de venta al público de los productos línea Hill's. Esto se identifica no solo por la lista de precios sugeridos, sino a la insistencia de una de sus vendedoras sobre la necesidad de que aumentara los valores de venta al público que venía aplicando.

- La terminación de las relaciones comerciales se debió a una secuencia y sucesión de actuaciones desarrolladas por GABRICA frente a Concentrados del Norte originadas en el precio de venta al público de los productos por valor inferior al sugerido por ésta, en conexidad con la insistencia de una de las vendedoras y reclamos de varias clínicas y médicos veterinarios por la disminución de los precios.
- GABRICA no probó que el hecho de que la negativa de suministro de producto a OCncentrados del Norte se debió a que este establecimiento de comercio no contaba con personal veterinario especializado y capacitado en la venta del mismo.

4.4 LA NUEVA POSICIÓN DE LA SIC RESPECTO DE LA FUP

Como se anunció desde el inicio, decidimos reescribir el presente documento debido a que la SIC ha adoptado algunas decisiones que representan una evolución en la posición de la autoridad respecto de la FUP. A continuación reseñaremos estas decisiones.

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

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

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 155⁶⁵, 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

65 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.

precios de reventa puede restringir la competencia intra-marca, fomenta la competencia inter-marca.

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 a la 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 considera 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.

4.4.2 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 analiza la fijación de precios de reventa como un tipo de restricción vertical a la libre competencia.

En este caso, la SIC nuevamente se refiere a la competencia intra-marca y establece que la misma puede verse afectada por restricciones de tipo vertical. Con respecto a la competencia inter-marca, la SIC establece 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 anota 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 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 verticales⁶⁶ 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 establece que hasta el momento ha considerado que sólo

66 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 per 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.”

los precios sugeridos están permitidos. Sin embargo, dice 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 cuando se puedan generar eficiencias deseables en referencia al artículo 47 (1) del Decreto 2153.

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 presuma 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 fle-

xibilidad 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.

4.4.3 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 cita la Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014 y establece 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 venta 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

Como se puede observar, resulta conveniente revisar la evolución de la posición de la SIC respecto del fenómeno de la fijación vertical de precios, ya sea a través de acuerdos, o como conducta unilateral.

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 bastante vagas e imprecisas, lo cual deja a los empresarios en una situación bastante precaria.

Tampoco se arroja nueva luz respecto de las prácticas unilaterales tendientes a la determinación de un precio de reventa a los consumidores, con lo cual esta conducta debe seguir considerándose como peligrosa, por la posibilidad de que a la empresa se la sancione por la violación del artículo 48(2) o (3) del Decreto 2153.

Lo que sí se ha abierto es la posibilidad de defender estos casos verticales, ya sea por acuerdo o por acto, con base en la *Regla de la Razón*, 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.

En la práctica resulta imposible predecir que va a ser posible demostrar de manera fehaciente que una política unilateral o concertada de precios va a tener efectos como los mencionados, razón por la cual, nuestra recomendación para los empresarios continúa siendo la siguiente:

- No incurrir en acuerdos verticales de fijación de precios porque resultan ilegales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47(1) del Decreto 2153 y el artículo 1 de la Ley 155. En caso de una acusación de este tipo, debe tratar de demostrarse que el acuerdo es meritorio en los términos antes descritos.

- No incurrir en actos unilaterales de fijación de precios de venta al público porque pueden ser interpretados como acuerdos y ser investigados de acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior. Pero si se considera que se trata de una FUP, existe el riesgo de que se interprete que la misma configura una violación del artículo 48(2 o (3) del Decreto 2153.
- Puede utilizarse la práctica de los precios de venta sugeridos al público, aunque no se recomienda establecer ningún tipo de represalia o retaliación por no cumplir con dicho precio de venta sugerido.

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.

BILIOGRAFÍA

Doctrina:

Barrera Silva, N. (2014). “Tratamiento Legal y Jurisprudencial de las Restricciones Territoriales en Estados Unidos y Europa”. Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. XIV.

Bundeskartellamt, (2014). First Fine Imposed for Resale Price Maintenance in Mattress Case”, disponible en:

www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/22_08_2014_Matratzen.html

- Bundeskartellamt, (2016). Bundeskartellamt fines LEGO for vertical resale price maintenance, disponible en:
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/12_01_2016_Lego.html
- De la Calle, J. (2015). La fijación de precios de reventa en Colombia. Disponible en: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Arbitramento/la-fijacion-de-precios-de-reventa-en-colombia.asp?Miga=1>
- Diario Oficial de la Unión Europea (2010). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tomado de: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>
- Fiscalía Nacional Económica, (2014). Guía para el análisis de Restricciones Verticales. Disponible en:
<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>
- Funke, T. (2015). Managing Distribution and Antitrust Compliance in the European Union. International Committee, ABA Section of Antitrust Law, Vol. 2. Tomado de: http://www.osborneclarke.com/media/filer_public/d9/84/d984a341-b23b-4b5d-a92d-f3c6242678e6/iab_2015v2_2015-07-27.pdf
- Gregory T. Gundlach, J. Cannon, Kenneth C. (2010) Manning, “Free riding and resale price maintenance: Insights from marketing research and practice”. The Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 2, página 388.
- Miranda Londoño A., Ibarra Pardo, G., “La Práctica de la Fijación Unilateral de Precios (FUP) y su aplicación en Colombia”. Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. IV. 2000.
- Miranda Londoño, A. (2002). “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de América”, Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, CEDEC, No. III.

- Miranda Londoño, A. (2002). “Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados”, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, CEDEC, No. III.
- Miranda Londoño, A. (2013), “Vertical intra-brand competition”. The tension created by direct sales. Analysis under Colombian Competition Law, *Revista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia*, CEDEC, No. XIII.
- Organisation for Economic Co-operation and Development, (2009). Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee. Roundtable on Resale Price Maintenance”. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>
- Serrano Pinilla, F. (2015). ¿Existe en Colombia una excepción de eficiencia para las investigaciones por presuntos acuerdos restrictivos de la competencia?. *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 11, 221-247.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2014), Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales. Disponible en: http://www.sic.gov.co/recursos_user/cartilla_gremios.pdf
- Zuleta Londoño, A. (2011). “La regulación sobre el mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. Páginas 6 y 7. Encontrado en: CEDEC XI Vol. 7.

6.2 Leyes, normas y reglamentos

- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tomado de: <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>
- Reglamento No. 330/2010 de la Comisión de la UE. Tomado de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:ES:PDF>
- Comisión Europea, “Directrices Relativas a las Restricciones Verticales”. 2010. En: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>

Decreto 2153 de 1992

Decreto 3466 de 1982

Ley 1340 de 2009

6.3 Jurisprudencia

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

Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., 551 U.S. 877 (2007).

Albrecht v. The Herald Co., 390 U.S. 145 (1968).

State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3, 118 S.Ct 275 (1997).

Continental Television v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977).

United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967).

Sentencia Del Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).

6.4 Resoluciones y conceptos SIC

Resolución No. 27263 del 15 de diciembre de 1999. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución 25420 del 6 de agosto de 2002. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución No. 35523 del 31 de octubre de 2002. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución No. 8310 del 28 de marzo de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.

Resolución 48092 del 13 de agosto de 2012

Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015

Concepto SIC No. 01082559 del 23 de Octubre de 2001