

LA VENTA ATADA COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA Y VULNERACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR

FELIPE JOSÉ ALVIRA ARBELÁEZ
Asistente de Impuestos en Deloitte
(Bogotá-Colombia) *Servicios jurídicos*

SANTIAGO GONZÁLEZ VARELA
Asociado Junior en Brigard Urrutia (Bogotá-Colombia)

RESUMEN

Las ventas atadas son una conducta que cuenta con diferentes aproximaciones frente a su sancionabilidad a lo largo del mundo. Son una “zona gris” donde pueden causarse efectos anticompetitivos que generen grandes daños al mercado, pero son también un mecanismo altamente eficiente que permite a las empresas que lo utilizan, redistribuir costos de una manera apropiada para sus finanzas. Así mismo, permite al consumidor acceder a bienes y servicios por costos altamente reducidos que muchas veces coinciden apropiadamente con su interés. Es por esto que resulta interesante y útil el esclarecimiento de la sancionabilidad de las mismas y su explicación al público general de consumo.

Palabras clave: *Ventas atadas, empaquetamientos puros y mixtos, inclusiones forzosas de terceros, posición dominante, descuentos de lealtad, pactos de exclusividad, libertad del consumidor.*

ABSTRACT

Tying arrangements are regarded with mixed opinions concerning their sanctionability worldwide. They are a “grey area”, whereby highly negative anticompetitive effects can be created for the market, but also

represent a highly efficient mechanism that allows for companies that use it to re-distribute costs in a way that favors their finances. At the same time, they allow consumers to access goods and services at cheaper costs. Furthermore, most of the time bundles are sold according to consumer's interests. Because of this, it becomes interesting and useful to elucidate the precise sanctionability of the conduct, as well as explaining it to the public.

Keywords: *tying arrangements, mixed and pure bundles, third-line forcing, dominant position, loyalty discounts, exclusivity agreements, consumer freedom*

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. APROXIMACIONES GENERALES. a) Delimitación de la conducta i. Atamamiento-tying ii. Empaquetamiento-bundling. iii. Inclusión forzosa de terceros-third line forcing. b) Elementos básicos sancionables. i. Productos separados. ii. Coercitividad o fuerza. iii. Necesidad de posición dominante o participación multilateral. iv. Necesidad de efectos anticompetitivos o potencialidad de los mismos. 2. LA VENTA ATADA COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA. a). Sistema de análisis. 2.1. La venta atada como acuerdo anticompetitivo. a) Concepción actual. i. Ventas atadas mediante acuerdos anticompetitivos. ii. Pactos de exclusividad y descuentos de lealtad. iii. Modalidad de acuerdos. iv. El contenido exclusivo de "oferta" en el tipo. 2.2. La venta atada como abuso de la posición dominante. a) Concepción actual. i. Posición dominante. ii. Origen de los 4 elementos básicos sancionables (caso Jefferson Parish). iii. Estudio de los casos Microsoft. 2.3. La venta atada como vulneración al derecho del consumidor. a) La relación de consumo. b) Concepción actual. i. El objeto de la Ley 1480 de 2011. ii. El contenido dual del tipo. iii. Fundamento y propósito de la prohibición, así como su contraposición con aquellos en el régimen de competencia. iv. Sistema de análisis y efectos jurídicos de violar la prohibición. 2.4. Las ventas atadas en el mercado financiero. 2.5. Las ventas atadas en el mercado digital y de telecomunicaciones. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El presente escrito tiene como objeto la delimitación general de la conducta de ventas atadas y sus consecuencias al interior de Colombia.

Como será visto, la conducta puede ocurrir en varias modalidades y ser castigada por dos jurisdicciones que protegen derechos diferentes. En derecho de la competencia, la prohibición de ventas atadas se dirige a proteger la libertad de los competidores y a evitar la expansión del poder de mercado de las empresas dominantes. En derecho del consumo, la prohibición busca proteger la libertad de elección del consumidor, quien puede verse forzado a adquirir productos que no desea. Para darle un contexto apropiado a la situación actual de la conducta, serán referenciados, de una manera breve y sencilla los casos internacionales que han incidido directamente en la evolución de su sancionabilidad. En el mismo sentido, será explicado el entendimiento general por parte de la doctrina global sobre la conducta y sus elementos sancionables.

En Colombia la conducta encuentra mención en el Decreto 2153 de 1992, en los artículos 47 y 50, siendo tipificada como un acuerdo contrario a la Libre Competencia y como un abuso de la posición dominante, respectivamente. Por otro lado, el artículo 36 de la Ley 1480, la tipifica como una prohibición de protección contractual. Tanto el decreto como la ley tipifican la conducta como una infracción bajo prohibiciones absolutas. No obstante, será estudiado que esa no es la única manera de abordarla y a lo largo del escrito se analizará su sancionabilidad efectiva.

1. APROXIMACIONES GENERALES

A) DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA

En primer lugar, el concepto de venta atada utilizado por el ordenamiento jurídico colombiano para enmarcar la conducta objeto del presente análisis, abarca principalmente 2 términos diferentes utilizados por la doctrina global. Dichos términos son “tying” y “bundling”, atamamiento y empaquetamiento respectivamente. El capítulo 6 del Unilateral Conduct Workbook (Libro de Trabajo de Conductas Unilaterales) (en adelante “UCW”), publicado por International Competition Network (Red Internacional de Competencia) (en adelante “ICN”) en el 2015 clasifica la conducta en ataduras y empaquetamientos en su

sección de definiciones, no obstante, será introducida una tercera categoría adicional.

i. *Atamamiento-tying*

“El atamamiento o tying, refiere a una práctica por medio de la cual, el vendedor del producto A (producto atador o atante) obliga a todos o algunos de los compradores de este, a adquirir también el producto separado B (producto atado). Así, mientras los compradores de A tendrán que adquirir obligatoriamente B, posiblemente B sea vendido por separado”¹ El presente modelo resulta particularmente eficiente para productos que funcionan de manera complementaria con otros cuya vida útil es menor y deben ser comprados varias veces. Por ejemplo, se observa el caso de las impresoras láser (producto atante) y sus correspondientes cartuchos de tinta (producto atado). En principio, los costos de producción de una impresora láser son mayores que los de los cartuchos de tinta, sin embargo, en razón a que los cartuchos deben ser comprados por los consumidores más de una vez, la empresa puede optar por reducir sustancialmente los precios de venta de la impresora. Esto tiene como consecuencia que el consumidor pueda acceder a la impresora por un precio mucho menor (por lo general inferior al costo marginal), pero a su vez crea la necesidad en el consumidor de comprar más productos. Similares a las impresoras, existen sistemas de mercado como el de las consolas de videojuegos y sus respectivos juegos.

ii. *Empaquetamiento-bundling*

El “bundling” o empaquetamiento, consiste en la venta en conjunto de diferentes productos. La conducta se clasifica en empaquetamiento puro y mixto. El primero refiere a la situación en la cual el consumidor solamente puede adquirir el paquete, sin posibilidad de adquirir los productos por separado y el segundo, a cuando sí puede adquirir los produc-

¹ International Competition Network. «Chapter 6: Tying & Bundling». En: *Unilateral Conduct Workbook, de The Unilateral Conduct Working Group*, 5. Sydney, 2015: ICN. (Traducción por los autores)

tos por separado. Se entiende que, en Colombia, el empaquetamiento con posibilidad de adquirir los productos por separado está permitido.

iii. Inclusión forzosa de terceros-third line forcing:

Otra modalidad en la que se presenta la atadura, es cuando un distribuidor de un producto (o servicio) condiciona dicha distribución a la aceptación de servicios o productos adicionales prestados por un tercero. Lo anterior se denomina comúnmente por la doctrina estadounidense como “third-line forcing” (inclusión forzosa de terceros). Ocurre, por ejemplo, cuando las instituciones financieras o los distribuidores de automóviles obligan a tomar determinados seguros con aseguradoras impuestas por ellos, para otorgar los créditos o para vender los vehículos.

B) ELEMENTOS BÁSICOS SANCIONABLES

A continuación, será realizada una aproximación teórica basada en el Capítulo 6 del UCW, particularmente su sección III titulada “*Legal Framework for Assessing Tying*” o “*Marco Legal para Evaluar Ataduras*”, sobre los elementos que habitualmente están presentes para que la conducta encuentre sancionabilidad, ya que, como será visto, los elementos resultan recurrentes en el análisis. La síntesis y traducción fue realizada por los autores.

i. Productos separados

En primer lugar, se necesita que se consideren productos separados. Se plantea una contraposición con productos como pares de zapatos, donde tanto cada zapato, como sus respectivos cordones, son en realidad productos separados, pero debido principalmente a su demanda, no son considerados como tal. Se establece que los productos que se atan son por lo general complementarios, y posiblemente se encuentren en mercados relevantes diferentes. Por lo anterior se establece que los exámenes de análisis generalmente deben revisar si existe demanda independiente sustancial para el producto atado (los cordones), que se traduce en revisar si efectivamente existen consumidores que prefieren comprarle el producto atado a otro distribuidor/productor.

ii. *Coercitividad o fuerza*

En segundo lugar, se plantea el requisito de que exista coercitividad o fuerza. Las mismas se toman como sinónimos para los presentes efectos. La coercitividad se entiende presente cuando el oferente de los productos les niega a los consumidores la escogencia del distribuidor del producto atado. Se categorizan las situaciones en dos posibilidades: cuando ocurre una sola transacción y cuando se tienen complementos de productos con vidas útiles diferentes, uno duradero y otro consumible (lo cual normalmente tiene como consecuencia varias transacciones, como ocurre con las impresoras). Se establece que, en la primera situación, existe coercitividad cuando: “(i) el vendedor solo le vende el producto atado a compradores que compren simultáneamente el producto atado. (ii) los productos separados se encuentran integrados físicamente y (iii) los productos se ofrecen tanto en paquete como por separado, pero los descuentos y las diferencias en precios son tales que no se esperaría de ningún consumidor racional la compra del producto atado por separado”². Así mismo, se encuentra presente la coercitividad en la segunda situación cuando: “(i) el vendedor implementa contratos que obligan al consumidor a comprar todos o la mayoría de los complementos consumibles de menor vida útil a sí mismo o alguien específico. (ii) cuando los productos separados son diseñados de manera tal que el producto atado solamente funciona con el producto atado del mismo productor o (iii) cuando los clientes que no compren el producto atado reciban un “castigo” que prácticamente ningún consumidor aceptaría de manera voluntaria”³.

iii. *Necesidad de posición dominante o participación multilateral*

En tercer lugar, que la empresa que incurra en la atadura tenga posición dominante en su respectivo mercado relevante. Lo anterior en razón a que la conducta es reprochable en principio, en la medida en que se esté abusando de tal posición de dominio. No obstante, en relación

² International Competition Network. 2015. «Chapter 6: Tying & Bundling». En: *Unilateral Conduct Workbook, de The Unilateral Conduct Working Group*, 5. Sydney: ICN.

³ *Ibidem*.

con esto, el Decreto 2153 de 1992 otorga la posibilidad para que la conducta no solo sea ejercida por alguien que ostente posición de dominio, sino que puede ser consecuencia de un acuerdo entre dos empresas que no la tengan.

iv. *Necesidad de efectos anticompetitivos o potencialidad de los mismos*

Se establece que dichos efectos pueden dividirse en dos categorías principales: excluyentes y explotadores. Los primeros hacen referencia a las barreras de entrada creadas para nuevos competidores y los segundos a las ventajas operacionales y competitivas que le son otorgadas a la empresa que realiza la venta (posibilidad de incurrir en discriminación en condiciones equivalentes).

2. LA VENTA ATADA COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA

A) SISTEMAS DE ANÁLISIS.

Se entiende que las conductas tipificadas en los artículos 47 (acuerdos), 48 (actos) y 50 (abusos de la posición dominante), deben analizarse bajo la prohibición absoluta o regla *per sé* y todas las otras conductas que resulten anticompetitivas serán analizadas, en los términos del artículo 46, *ibíd.*, y de la prohibición general de la Ley 155 de 1959, en función de su afectación real o potencial a la Libre Competencia. Para lo cual, dada la mayor cantidad de variables a analizar, deberá utilizarse la prohibición relativa o regla de la razón.

Por esto, en teoría, siempre que se presenten los hechos descritos por los tipos de ventas atadas, (es decir el condicionamiento del cumplimiento de una obligación al cumplimiento de otra) estas deben ser analizadas bajo la regla *per sé*. No obstante, resulta curioso e incluso injusto pensar que una promoción en la que se regala un cepillo dental por la compra de una crema dental, resultará anticompetitiva y presumida (de derecho) contraria a la competencia. En ese orden de ideas, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “SIC”) ha optado por no aplicar este sistema en todos los casos.

Al respecto, la entidad se manifestó en la resolución 33361 del 22 de junio de 2011, referente a una potencial sanción en contra de Bavaria S.A. quienes estaban acusados de incurrir en las conductas descritas por los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, los cuales refieren a la conducta de ventas atadas y a la creación de barreras de entrada para los competidores cuando se tiene posición de dominio, respectivamente. La sociedad estaba acusada de obstruir los canales de comercialización con pequeños distribuidores, mediante pactos de exclusividad sobre la publicidad exhibida dentro de sus tiendas. Se dijo:

*“Se dice que hay una atadura en la venta o prestación de un bien o servicio en aquellos contratos en los que el contratista es sometido a adquirir un bien o servicio. Estos actos **pueden ser** considerados como ilícitos y contrarios al artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, conforme con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, **solo aquellos actos que sean anticompetitivos o restrictivos de la Competencia son ilícitos**. De esta manera, una venta es atada si concurren los siguientes hechos: Primero, el vendedor tiene posición de dominio en el mercado del producto o servicio principal (atante). Segundo, el comprador de alguna manera es **forzado** a adquirir el producto o servicio secundario (atado). Se podría decir que un contratista es forzado, entre otros, cuando no existe opción de adquirir el producto sin el atado, existe un incentivo financiero que impone la compra del bien atado, o existe un diseño que impide la adquisición de un producto sin el otro. Ahora bien, **la concurrencia de los hechos anteriores no necesariamente hace la venta anticompetitiva. Existen eventos en los que la subordinación provee y genera mayores eficiencias económicas, bienestar de los consumidores y libre concurrencia de competidores**. Por ejemplo, existen eficiencias derivadas de la provisión conjunta de bienes, ya sean estas resultado de la transacción o de eficiencias en la producción, que hacen al bien un producto único. **Por lo anterior, aplicar un estándar fundado en meros requisitos, podría crear un alto riesgo de error**”²⁴. (Negritas fuera del texto original)*

⁴ Resolución No. 33361 2011, Superintendencia de Industria y Comercio, 26 de Junio 2011.

En el mencionado caso la SIC absolvió a Bavaria S.A. por no encontrar su conducta directamente dañina. Por lo que, se ejemplifica que la autoridad puede variar el uso del sistema de análisis que utiliza para evaluar la conducta. Corresponde un estudio de los elementos adicionales que resultan dañinos para la competencia. En el caso mencionado, se concursa la conducta con la creación de barreras de entrada para los competidores, uno de los efectos excluyentes descritos por ICN. No obstante, no quiere decir que la SIC no pueda utilizar la prohibición absoluta.

2.1. LA VENTA ATADA COMO ACUERDO ANTICOMPETITIVO

a) *Concepción actual*

i. *Ventas atadas mediante acuerdos anticompetitivos:*

Generalmente, para que la conducta se configure es necesario que quien realiza la venta atada cuente con posición de dominio en el mercado del producto atante. No obstante, el ordenamiento colombiano, previendo la potencial asistencia ilegítima entre los diferentes participantes, incluyó la conducta en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, referente a acuerdos contrarios a la Libre Competencia. Por ésto, queda claro que no solo una empresa con posición de dominio es susceptible de ser sancionada por incurrir en la conducta. Lo es también aquella que emplea un acuerdo con otra, para generar el mismo efecto anticompetitivo. La modalidad es utilizable para castigar casos de inclusión forzosa de terceros, donde apenas es necesario que dos productores, o un distribuidor y un productor, se pongan de acuerdo para crear un acuerdo que genere uno o más efectos que resultarían sancionables, si alguna de ellas tuviera posición de dominio en sus respectivos mercados.

ii. *Pactos de exclusividad y descuentos de lealtad:*

Es pertinente recordar los pactos de exclusividad porque los mismos pueden configurar una venta atada y resultar anticompetitivos. Los

pactos de exclusividad son en sí una atadura; de la exclusividad a la venta de algún producto, o la aceptación de algún término o negocio. Al respecto, se analiza en el “*Global Antitrust Compliance Handbook*” o “*Manual de Cumplimiento del Derecho Antimonopolio Global*” (en adelante “GACH”), que los pactos están prohibidos por el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto la disposición prohíbe la repartición horizontal de mercados, es decir entre participantes que se encuentren en el mismo nivel o escalón de la cadena de producción del mercado. Entre productores o entre distribuidores. Sin embargo, no son mencionados los acuerdos verticales, aquellos celebrados por participantes que se encuentran en niveles diferentes. Razón por la cual, si los acuerdos verticales resultan anticompetitivos tendrán que ser analizados bajo la prohibición general.

Ahora bien, al igual que las demás ventas atadas, los acuerdos verticales de exclusividad podrían resultar anticompetitivos si tienen como efecto la creación de barreras de entrada al mercado. Al respecto, se señala en GACH: “*Las cláusulas de exclusividad pueden considerarse también violaciones del artículo 47(10) del Decreto 2153, que prohíbe celebrar acuerdos que tengan como efecto u objeto obstruirle o impedirle a terceros el acceso a los canales de comercialización*”⁵ (traducción por los autores). En ese orden de ideas y de acuerdo con la prohibición general, se entiende que los pactos de exclusividad resultarán sancionables, si conllevan efectos anticompetitivos como los mencionados previamente. Así mismo, en concordancia con la interpretación normativa precedente, se entiende que los pactos de exclusividad horizontales sí están prohibidos de manera *per sé*, por cuanto su descripción está presente en la lista de conductas.

Por otro lado, es altamente probable que para respaldar los pactos de exclusividad y aumentar su legitimidad ante el comprador, las compañías ofrezcan descuentos de cualquier tipo para premiar al comprador por su fidelidad o incentivar su exclusividad contractual. Se denominan comúnmente descuentos de lealtad. Este modelo, al igual que la exclusividad vertical, en principio está permitido por la normatividad de

⁵ MIRANDA, Alfonso. (2014). «Colombia». En: *Global Antitrust Compliance Handbook*. Oxford: Oxford University Press.

competencia colombiana. Sin embargo, al igual que las ventas atadas, si es identificada una exclusividad vertical que tiene como consecuencia efectos anticompetitivos claros, ya sean barreras de entrada, discriminaciones en condiciones equivalentes u obstrucción a canales de comercialización, ésta puede tomarse como una venta atada anticompetitiva o una barrera de entrada y ser sancionada y resuelta por la autoridad. Por lo general, para que el esquema de descuentos o el pacto de exclusividad en sí sean identificados como la causa directa de la situación anticompetitiva, los mismos deben tener efecto sobre volúmenes importantes del flujo del mercado y los consumidores o compradores beneficiados por los mismos deben ser una población menor en comparación con quienes se ven perjudicados.

iii. *Modalidades de acuerdos:*

En el libro “*Derecho de la Competencia y del Consumo*” se realiza una clasificación de los posibles acuerdos sobre ventas atadas en 3 grupos principales.

(i) *Acuerdos entre empresas de un mismo mercado:* “Esta clase de acuerdo se presenta cuando las empresas dedicadas a un mismo mercado deciden atar a un producto otras prestaciones también ofrecidas por cada una de las empresas. Por ejemplo, cuando todas las empresas oferentes deciden vender un producto, subordinando su venta a la adquisición de los repuestos del producto, sin ser posible adquirir por separado los repuestos o el producto”⁶. Es pertinente aclarar que, en esta modalidad de acuerdos, es común que la empresa productora del bien atado haya sido comprada o pertenezca a la misma matriz que la productora del bien principal. Esta situación se presenta en el caso de EPM (Empresas Públicas de Medellín) (resuelto por la SIC mediante la Resolución No. 08328 del 28 de marzo de 2003), caso en el que la empresa fue sancionada por prestar los servicios de internet fibra óptica y televisión por cable mediante el mismo canal de suministro, atando físicamente los servicios. En este caso, la empresa de televisión que

⁶ VELANDIA, Mauricio. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

prestaba el servicio atado, pertenecía en un porcentaje importante a la investigada. Esto ocurre porque cuando se habla del mismo mercado, a veces resulta más eficiente por economías de escala, que los prestadores de servicios diferentes se integren en una sola, como ocurre con las telecomunicaciones o los servicios informáticos.

(ii) *Acuerdos entre empresas de diferente mercado*: “Bajo esta forma de acuerdo las empresas atan sus prestaciones y obligaciones con las de otras empresas. De esta manera, encontramos que lo subordinado no pertenece a la misma empresa, sino que ellas atan entre sí sus productos, de modo que resulta imposible para el consumidor adquirir lo de una empresa sin adquirir lo de la otra”⁷. En esta categoría el autor ejemplifica la inclusión forzosa de terceros, que fue mencionada anteriormente. Enfatiza la diferencia de mercados por cuanto es menos común que las empresas estén integradas.

(iii) *Acuerdos celebrados entre compradores*: “Mediante esta clase de acuerdos las empresas que subordinan el suministro son las adquirentes del producto. Por ejemplo, cuando los compradores de una materia prima deciden en conjunto no comprarle al vendedor que no les transporte la mercancía comprada puerta a puerta. En este caso nada tiene que ver la compra de la mercancía con el transporte de la misma, mucho menos si lo decidieron las empresas en conjunto”⁸.

iv. *El contenido exclusivo de “oferta” en el tipo*

El autor plantea que una de las modalidades de acuerdos de atadura ocurre cuando los compradores de materias primas condicionan dicha compra a obligaciones adicionales (ataadura desde el lado de la demanda-compra atada). Si se considera únicamente la literalidad del artículo y su supuesto de hecho, la modalidad mencionada quedaría por fuera de la cobertura de éste, ya que lo que prohíbe es condicionar el *suministro* de un bien al cumplimiento de una obligación adicional (ataadura desde el lado de la oferta). Sin embargo, es válido anotar también

⁷ VELANDIA, Mauricio. (2011). *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

⁸ *Ibíd.*

que dichos pactos podrían resultar anticompetitivos si son atacados a través de otros tipos (según sus efectos), como la repartición horizontal de mercados o la creación anticompetitiva de barreras de entrada, por ejemplo. Ahora, si la SIC se encontrara frente a uno de estos acuerdos (o abusos, ya que también puede ser el distribuidor de las materias primas quien cuenta con posición de dominio y condiciona su compra), aparte de imputar las conductas, también puede utilizar la prohibición general contenida en la Ley 155 de 1959.

2.2. LA VENTA ATADA COMO ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

a) *Concepción actual*

i. *Posición dominante*

En los términos del numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 la posición dominante refiere a: “*la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado.*” En ese orden de ideas, el texto “*Abuso de la Posición Dominante: Perspectiva de la Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado*”, señala lo siguiente: “*...la elasticidad cruzada de la demanda de un producto, nos indicará si en el momento en que el supuesto monopolista incrementa los precios, los consumidores pueden optar por consumir un producto sustituto, con lo cual se reduce el poder de mercado de la empresa bajo estudio*”⁹. En otras palabras, lo que determina la posición dominante es la capacidad de afectar la demanda u oferta de productos sustitutos por medio de la modificación en los precios o condiciones propias. Para incurrir en las conductas descritas por el artículo 50, se necesita ostentar dicha posición. Desde el inicio, si se prueba que no hay posición dominante, ni siquiera debe realizarse el análisis anticompetitivo.

⁹ MIRANDA, Alfonso. (1993). «Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado». *Actualización sobre Promoción de la Competencia e Integraciones Económicas*. Bogotá: CEDEC.

ii. *Origen de los 4 elementos básicos sancionables (caso Jefferson Parish)*

Resulta pertinente explicar la importancia de los mencionados elementos, así como su razón de ser. Los participantes estadounidenses del GACH dicen lo siguiente respecto de las ventas atadas y el origen de su análisis: “*Las Leyes Norteamericanas de Competencia históricamente han condenado los arreglos de ataduras como ilegales per sé. Hoy, empero, los arreglos de ataduras lo son en nombre nada más. En Jefferson Parish, la Corte Suprema identificó 4 factores que deben considerarse cuando se revisa la sancionabilidad de las ataduras. Los factores se consideran abajo. ... (i) La atadura involucra 2 productos o servicios separados? ... (ii) Hay coerción? ... (iii) Tiene el vendedor posición de dominio en el mercado del producto atante? ... (iv) Se afecta sustancialmente el comercio interestatal del producto atado?*”¹⁰ (Traducción por los autores).

En el mencionado caso (Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde), fallado por la Corte Suprema de E.E.U.U el 27 de marzo de 1984, el hospital Jefferson Parish, es originalmente demandado por Hyde, una firma de anestesiólogos, porque el hospital mantenía un pacto de exclusividad con otra firma de anestesiólogos, configurando una atadura entre el servicio de salud (servicio atante) y el servicio de anestesia prestado por dicha firma (servicio atado). La demanda fue presentada en razón a que una aplicación de trabajo presentada por un anestesiólogo de Hyde fue negada con base en el pacto de exclusividad. En primera instancia fue declarado que el pacto no era anticompetitivo, posteriormente la Corte de Apelaciones determinó que sí existía una venta atada, la cual sería sancionada *per sé* con base en la Sección 1 de la Ley Sherman. Por último, la Corte Suprema determinó que no existía venta atada por que el hospital no tenía realmente posición de dominio y no estaba presente el elemento de coerción. Así mismo, la Corte Suprema estableció por primera vez que deben estar presentes los 4 elementos mencionados para que la atadura sea anticompetitiva,

¹⁰ SCHAEFFER, Fiona; CRAIG, Waldman; KEIRA, Campbell; MOLLY, Wilkens y BENNET, Christina. (2011). «United States». En: *Global Antitrust Compliance Handbook*. Oxford: Oxford University Press.)

modificando así el sistema de análisis que le correspondería a dicha conducta no solo en ese país, sino en el resto del mundo (notar que en todo caso estaba presente la inclusión forzosa de terceros, sancionable como acuerdo en Colombia).

iii. Estudio de los casos Microsoft

A continuación, serán analizados los casos de Microsoft, tanto el acuerdo logrado en EE.UU. (U.S.A. vs Microsoft Corporation), fallado en primera instancia el 3 de abril del 2000 y conciliado el 2 de noviembre de 2001, (Internet Explorer, en adelante “IE”) como la sanción impuesta en la Unión Europea, Decisión de la Comisión de Competencia (en adelante “CEC”) del 24 de mayo de 2004 (Windows Media Player, en adelante “WMP”). El análisis jurídico de ambos casos consiste en determinar la sancionabilidad del abuso de la posición de dominio, por medio de la atadura de los productos al sistema operativo Windows. Lo cual a la luz del Decreto 2153 de 1992 sería una infracción al numeral 3 del artículo 50.

- *El juicio norteamericano:*

La situación fue fallada en primera instancia, ante la Corte del Distrito de Washington. La Corte encontró que Microsoft, por medio de sus comportamientos en el mercado y sus intentos de aumentar su participación en el mercado de buscadores, causa de la consecuente exclusión de Netscape (competidor de Microsoft en el mercado de buscadores) del mercado, violaba ambas secciones de la Ley Sherman. La forma en la que estarían llevando a cabo dichos actos era por medio de la atadura de IE a todos los equipos que utilizaban el sistema operativo de Windows, producido por ellos, constituyendo la atadura de dos productos separados.

La Corte determinó que el mercado relevante para este caso, eran únicamente los equipos que utilizaban el procesador “Intel Inside” por lo cual, sistemas operativos como Mac y Linux quedaban por fuera en razón a que eran incompatibles con dicho procesador. En ese orden de ideas, Microsoft tendría una participación de mercado superior al 95% en el mercado relevante, teniendo una flagrante posición de dominio y siendo susceptible de incurrir en actos de monopolización. Al

respecto, el Juez Thomas Penfield Jackson dijo en la sentencia de primera instancia: “*Los demandantes probaron en juicio, que Microsoft posee una participación en el mercado relevante dominante, persistente y creciente. La participación de Microsoft en el mercado mundial de sistemas operativos compatibles con Intel es de más del 95 por ciento, y la misma estaría bastante por encima del 80 por ciento si el sistema operativo de Mac estuviera incluido en el mercado*”¹¹. (Traducción por los autores).

Ahora, en lo que concierne al análisis de la atadura de los productos, se reitera en la decisión que para poder sancionar una venta atada como vulneración de la Sección Primera de la Ley Sherman es necesario que estén presentes los 4 elementos establecidos en el caso Jefferson Parish. El elemento más difícil de probar fue considerar los productos como separados. La Corte cita dos casos (Jefferson Parish y Eastman Kodak) en donde los investigados usaron como argumento, que los productos atados debían ser considerados como uno, por consecuencia de eficiencias e innovación (argumento similar al utilizado por EPM en Colombia). No obstante, establece la Corte que lo que determina si realmente pueden considerarse como separados, no es lo que parecería ser lógico o eficiente sino la realidad en el mercado. “*En el presente caso, la realidad comercial es que los consumidores hoy perciben los sistemas operativos y los navegadores como “productos” separados para los que hay demanda separada*”...*Los consumidores frecuentemente basan su decisión respecto del buscador que residirá en su sistema operativo, en las características y funcionalidades específicas de cada navegador, las cuales están separadas y aparte de las funcionalidades otorgadas por el sistema operativo mismo*”¹². (Traducción por los autores).

En lo concerniente a la famosa sanción, que fue causa de polémica y de la apelación por parte de Microsoft, el Juez Penfield Jackson estableció que Microsoft debía escindirse y entregar completamente IE a una entidad adicional (producto de la escisión). Microsoft apeló dicha

¹¹ U.S.A v Microsoft Corporation—Conclusions of Law. 2000. Civil Action No. 98-1233 (TPJ) (Court for the District of Columbia, 3 de April).

¹² Ibid.

decisión, logrando que la Corte de Apelaciones modificara el sentido del primer fallo y determinara que la infracción a la sección segunda de la Ley Sherman, mediante intento de monopolización del mercado de buscadores no había tenido lugar. Para alcanzar esta conclusión, la Corte de Apelaciones optó por determinar que los productos podían considerarse uno solo. El argumento, bajo la regla de la razón, fue que la atadura de los productos representa un esquema eficiente e innovador que a la larga beneficia al consumidor y a la industria.

Sobre esto comentan los participantes estadounidenses del GACH, lo siguiente: *“Una atadura tecnológica implica hacer que 2 productos complementarios se vuelvan inseparables o virtualmente inseparables a través “atornillar” los productos, interfaces de propiedad o protocolos de comunicación. La atadura del navegador de Microsoft, Internet Explorer, con su sistema operativo, Windows, es un clásico ejemplo de una atadura tecnológica. (...) en el caso United States V Microsoft Corp., el Circuito de D.C. se rehusó a aplicarle la regla per sé a acuerdos que involucraran el empaquetamiento de un sistema operativo de computador con un navegador de internet. La corte razonó que las ventas atadas que involucran Software de computadores pueden tener eficiencias favorables para la Competencia. Estas no están consideradas en el test tradicional de ataduras establecido en Jefferson Parish”*¹³ (Traducción por los autores).

En razón a lo previamente expuesto, la sanción original fue revocada por la Corte de Apelaciones principalmente por el replanteamiento en el alcance de la responsabilidad de Microsoft (consecuencia de considerar los productos como uno solo). Debido a la revocatoria de la decisión original, la Corte Distrital que falló en primera instancia citó a las partes al procedimiento conciliatorio correspondiente para que llegaran a un acuerdo sobre la nueva indemnización, que naturalmente sería menos gravosa para Microsoft. Aproximadamente la mitad de las partes decidieron acogerse al pacto conciliatorio que fue suscrito por ellas y elevado a juicio final para poner fin a sus respectivos procesos.

¹³ SCHAEFFER, Fiona; CRAIG, Waldman; KEIRA, Campbell; MOLLY, Wilkens, y BENNET, Christina. (2011). «United States.» En: *Global Antitrust Compliance Handbook*. Oxford: Oxford University Press.

En este primer escenario el acuerdo conciliatorio se ocupó de garantizar la apertura del sistema operativo Windows a todos los OEM (original equipment manufacturer, o fabricantes de equipos originales)¹⁴ y de regular la mayoría de las relaciones de Microsoft con ellos, incluyendo que Microsoft no puede llevar a cabo ningún tipo de retaliación contra nadie por la utilización de cualquier software o middleware que no sea el propio.

Por otro lado, los estados que no hicieron parte de la conciliación siguieron con el litigio en razón a que las garantías ofrecidas no les parecían suficientes. Estados como Massachusetts, por ejemplo, tenían pretensiones como el licenciamiento “open source” (o de fuente abierta, lo cual implica que todo su código es gratuito y abierto, permitiendo modificaciones y aportes técnicos de terceros) de IE. Así mismo, pretendían que se publicaran las interfaces para programación de aplicaciones (APIs), entre otras pretensiones. Algunas de las propuestas de los estados fueron tenidas en cuenta para garantizar el funcionamiento apropiado de los softwares y middlewares no pertenecientes a Microsoft, dentro del sistema operativo Windows. Sin embargo, fue reiterativa la negativa a conceder el acceso gratuito y libre a todo lo que se pedía (“open source” en IE y APIs) por cuanto fue considerado que, si bien en ocasiones dichas medidas pueden ser benéficas para los competidores, a la larga eran perjudiciales para la competencia.

- *El juicio europeo:*

El juicio inició porque Sun Microsystems alegó en 1998 que Microsoft se estaba rehusando a compartir información fundamental para el correcto funcionamiento de sus aplicaciones en el sistema operativo Windows (conducta análoga a la modalidad del abuso de la posición de dominio de la obstrucción del acceso a canales de comercialización, contenida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992). No fue sino en razón a la investigación por dicha conducta (iniciada en el 2000), que la CEC, consideró que Microsoft también estaba vulnerando

¹⁴ Un OEM o fabricante de equipos originales es una compañía que produce partes o equipos que pueden ser comercializados por otro productor, luego posiblemente llevando una marca ajena.

la competencia por medio de la atadura de WMP al sistema operativo. En ese orden de ideas fue iniciada la segunda investigación en el 2001. En 2004, se resolvió que Microsoft había abusado de su posición de dominio porque estaba obstruyendo efectivamente los canales de acceso y porque estaba realizando una atadura anticompetitiva, condenándolos a entregar la información solicitada y a sacar al mercado versiones de sus sistemas operativos sin WMP.

En lo concerniente al análisis de la venta atada, la CEC encontró que, en efecto, contrario al argumento de Microsoft sobre como los productos no deben considerarse separados por razones de eficiencia, los productos en realidad sí deben considerarse así por diferentes razones. En primer lugar, en efecto existe demanda diferenciada para cada uno de los productos: Reproductores y sistemas operativos. En segundo lugar, existen distribuidores y productores que comercializan y producen los reproductores por sí mismos sin sistema operativo. En tercer lugar, que Microsoft produce y comercializa el reproductor por sí mismo, aislado de Windows para funcionar con otros sistemas operativos. Por último, la CEC establece que Microsoft promovía WMP en competencia directa con los otros reproductores del mercado. El tercer elemento de sancionabilidad, correspondiente al nivel de coerción o vulneración en la libertad del consumidor o usuario se resuelve por la Comisión estableciendo que en efecto fue probado que un usuario de Windows no podía adquirir su sistema operativo sin que le fuese atado WMP, y que, en caso de preferir cualquier otro reproductor, debía instalarlo de manera adicional a WMP porque este no podía ser borrado del sistema operativo. Respecto del segundo, la posición de dominio, ni siquiera fue disputado por Microsoft en las contestaciones.

En relación con el último elemento, referente al daño potencial o real en la competencia, la CEC resuelve que el daño potencial principal es que, debido al poder de mercado en cabeza de Microsoft, si se les permitía empaquetar WMP con todos los sistemas operativos de Windows, no solo dañarían reproductores competidores, sino que quedarían en una posición de ventaja frente a la industria de productores de contenidos para dichos reproductores. Estos eran principalmente contenidos de audio. Al respecto establece: *“La decisión establece que la atadura*

de WMP a Windows le proporciona a Microsoft una omnipresencia sin par para su reproductor (que funciona) en computadores personales a lo largo del mundo” “...Al atar WMP a Windows, Microsoft puede ofrecerle a los proveedores de contenido y a los desarrolladores de software, que apoyen tecnologías de medios de Windows, la habilidad de depender exclusivamente del monopolio Windows para alcanzar a casi todos los usuarios de PCs en el mundo”¹⁵ (Traducción por los autores).

Así mismo, analizan el argumento presentado por Microsoft sobre este punto, donde mencionan que la atadura reduce los costos de transacción del consumidor, entregándole las operaciones que a su juicio más importan en un computador y eliminando los costos de adquirir el reproductor. La CEC no compartió el argumento. Al respecto se dijo: *“El beneficio de tener un reproductor de medios preinstalado junto con el sistema operativo no requiere que Microsoft seleccione el reproductor para los consumidores. Los fabricantes de PCs pueden asegurar que la demanda para el reproductor seleccionado por el consumidor sea satisfecha.” “... La atadura de WMP más bien escuda a Microsoft de la demanda efectiva de vendedores de reproductores potencialmente más eficientes, lo que pondría en riesgo su posición, en consecuencia, reduciendo el talento y capital invertido en innovación en lo que compete a reproducción de medios”¹⁶*. (Traducción por los autores). Microsoft fue condenada por las infracciones y sancionada.

- Reflexión:

El estudio de los casos de Microsoft es fundamental, no solo porque expone la situación de la complejidad del mercado de la tecnología y las telecomunicaciones sino porque expone dos aproximaciones diferentes al juzgamiento de unas conductas cuyos elementos esenciales eran similares en cada uno de los casos. Si bien ambos fallos en E.E: U.U. fueron polémicos, resultan comprensibles. El primer fallo expone una aplicación del precedente al pie de la letra. La Corte de Apela-

¹⁵ Comission Decision relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation 2004.

¹⁶ Ibid.

ciones, por otro lado, teniendo presente le severidad de la sanción del primer juez, optó por atenuar la sanción sin omitir del todo la creación de precedente sobre la reprochabilidad de la conducta. Todo para que Microsoft no tuviera que escindirse y siguieran ayudando a impulsar la industria. Sin embargo, fue polémica la segunda decisión también, ya que los efectos de monopolización del mercado de buscadores igual tuvieron lugar, y en efecto Microsoft lo tuvo casi monopolizado durante la década de 1990 y casi la primera mitad de la década de 00. Resulta interesante observar que los 4 elementos usados para determinar la sancionabilidad de una conducta, son lo suficientemente flexibles para admitir un análisis y consecuente decisión que resuelvan de fondo una situación casi igual, de maneras casi contrarias.

2.3. LA VENTA ATADA COMO VULNERACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR

a) *La relación de consumo*

Para poder determinar el área o ámbito de aplicación que pretende abarcar la protección al consumidor, es necesario establecer en términos generales en que consiste una relación de consumo. La Corte Suprema de Justicia, en providencia de fecha 30 de abril de 2009, definió la relación de consumo como aquella que “...*constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos.*”¹⁷ Es importante hacer la salvedad que a pesar de que muchas veces esta relación se desarrolla dentro de un marco contractual, esto no es necesario para que se configure. Lo esencial para que lo haga, es el acto o la voluntad que tiene una persona de consumir. Dentro de la relación encontramos la figura de “consumidor”. Ésta encuentra definición en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, que dispone: “*Es consumidor toda persona natural o jurídica que, como*

¹⁷ Resolución de recurso de casación. 2009. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 30 de Abril)

destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica”.

Queda claro que, en Colombia el consumidor adquirió unas características especiales en la novedosamente definida “relación de consumo”. Así mismo, queda claro que no solamente una persona natural, satisfaciendo sus necesidades, es un consumidor. Lo puede ser también una persona jurídica. En lo que compete a las ventas atadas, como se ha venido discutiendo, se le proporciona al consumidor una herramienta adicional para hacer valer sus derechos e intereses frente a una contraparte que probablemente tendrá ventajas.

b) Concepción actual

i. El objeto de la Ley 1480 de 2011:

La ley fue expedida, no con objeto de regular el mercado por el bien de éste, sino con objeto de equilibrar la relación de consumo y asistir al consumidor respecto de su desventaja. En ese orden de ideas, al diferir los derechos protegidos de aquellos que protege el derecho de competencia, los elementos que deben estar presentes para que se configure la conducta de ventas atadas naturalmente son otros, u otro, como será visto.

ii. El contenido dual del tipo:

La disposición regulatoria de las ventas atadas, el artículo 36, contiene una frase particular. Dispone: “...*Tampoco se podrá, condicionar el recibo de un incentivo o premio a la aceptación de un término contractual.*” Esto prohíbe de plano conceptos como los descuentos de lealtad (usados en los empaquetamientos y en los pactos de exclusividad), que son frecuentemente utilizados en el mercado. Los mismos consisten en las rebajas de precios cuando se es cliente fiel o cuando se adquiere una membresía.

En primer lugar, es pertinente anotar que la estructura de la disposición es aquella de la prohibición absoluta (ocurre una presunción de derecho), al igual que en competencia. Ahora, es claro que la norma se

refiere a 2 situaciones fácticas diferentes, una es la venta atada tradicional y la otra es aquella que refiere a los “incentivos o premios” en particular. Respecto de los términos “beneficio” e “incentivo”, el libro: *“La Compraventa en el Derecho del Consumo”*, sugiere que, en razón a que la ley no los define, se tomen como “...*aquellos estímulos especiales y favorables al consumidor, tales como las rifas, los sorteos, los concursos, entre otras hipótesis...*”¹⁸ En lo que concierne a los “términos contractuales”, de nuevo el autor critica la amplitud de la disposición y comenta que la misma, según su redacción puede referir básicamente a cualquiera de los elementos de cualquier contrato. De nuevo, inconforme con la tipificación, el autor comenta: *“Habrá términos de términos, y no todos podrán ser valorados con el mismo rasero. Al fin y al cabo, si se trata de una “prohibición” ex lege, como en efecto se trata, su interpretación debe ser restrictiva, confirmándose la necesidad, de jure condonado, de una mayor precisión legislativa, en aras de no propiciar lecturas tan expansivas que terminen ampliando el radio de acción de la prohibición en comento, hecho que, sin duda, atentaría contra la libertad de empresa y de contratación, y de paso contra los propios intereses de los consumidores...”*¹⁹.

Luego de concluir que su opinión sobre el sistema de análisis que debe ser utilizado con la conducta en materia de competencia es la prohibición relativa, el autor agrega lo siguiente respecto de la situación en el derecho del consumidor: *“Al fin y al cabo, tratándose del derecho del consumo es tan general la prohibición en cita, al mismo tiempo que ayuna de otros elementos que sirvan para su tipificación, que de aplicarla a raja tabla (o “en seco”), es decir sin otros miramientos y valoraciones, podría resultar realmente exagerada, perturbadora –y hasta draconiana– (summa ius summa iniuria), aún de cara a los propios consumidores, in casu”*²⁰.

¹⁸ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. (2015). *La Compraventa en el Derecho del Consumo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

iii. *Fundamento y propósito de la prohibición, así como su contraposición con aquellos en el régimen de competencia*

Anteriormente fue esclarecido que el propósito de la prohibición en competencia es reducir la concentración de mercado y hacerlo justo para todos los competidores. De manera que, así como en competencia fueron esclarecidos los 4 elementos ingeniados por la justicia estadounidense en el caso de Jefferson Parish, debe encontrarse un patrón más allá del análisis de cada caso particular para entender el funcionamiento de la conducta en el ámbito del derecho del consumo, ya que no resulta suficientemente claro el texto de la prohibición.

El texto citado resalta que, teniendo presentes los propósitos de la legislación del consumidor, así como las finalidades mismas del derecho privado en general, el valor fundamental que protegen las disposiciones concernientes a las ventas atadas, es *la libertad del consumidor* (algo que protege el régimen de competencia también mediante el elemento de coerción). El numeral 7 del artículo 3 (referente a los derechos y deberes de los consumidores y usuarios) de la Ley 1480 de 2011 reconoce el derecho de elección, que consiste en la libre escogencia de los bienes y servicios que serán adquiridos por el consumidor. En ese orden de ideas, resulta lógico que sea la protección al consumidor el eje que sirva como columna vertebral para que la conducta se vuelva castigable.

El examen para determinar que la venta atada es sancionable en competencia tiene que ver principalmente con la posición de dominio que tenga la empresa en el mercado del producto atante y en el daño real o potencial que pueda ser causado a la competencia. La separabilidad material de la demanda de los productos, así como la coerción que exista frente al comprador son elementos que asisten en la identificación de la conducta, ya que sin estos ni siquiera se consideran los efectos. Pero lo que las autoridades revisan para determinar la sanción realmente tiene que ver con la posición de dominio y los daños a la competencia, siendo éste realmente el objeto de la protección.

En la sede del derecho del consumo, por otro lado, encontramos que la coerción, o la libertad del consumidor es el único elemento. A éste no le interesa si la empresa que lo coacciona tiene posición de dominio, o si está excluyendo injustamente competidores de su respectivo mercado. Al mismo le importa poder tomar una decisión libre, teniendo como

criterio único sus preferencias personales. Es por esto que podemos establecer, en razón al propósito de la Ley 1480 de 2011, que el elemento de daño que se busca proteger en el caso del derecho de consumo, es el elemento de coerción que vulnera la libertad del consumidor.

En ese orden de ideas, si las empresas solo empaquetan sin atar (es decir permiten que el consumidor adquiera los productos por separado), en principio su conducta no encontrará sancionabilidad en derecho del consumidor por cuanto no habría elemento de coerción alguno. Sin perjuicio de esto, se debe recordar que, según ICN, la coerción puede ocurrir en función de la diferencia radical en el precio del producto en el empaquetamiento, respecto del precio del producto separado.

iv. *Sistema de análisis y efectos jurídicos de violar la prohibición*

Con objeto de analizar los efectos jurídicos en la operación de compraventa, es necesario traer a colación 2 elementos fundamentales del Derecho Privado, estos son: La ilicitud de objeto de los contratos prohibidos por la ley y la consecuente nulidad absoluta de todos los actos cuyo objeto sea ilícito (artículos. 1523 y 1741 del Código Civil).

La nulidad absoluta decretada por el juez, con causa de la ilicitud de su objeto o cualquier otra, como es establecido en el mencionado artículo 1741, “...da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”. En ese orden de ideas si se declara el objeto ilícito de la conducta, habrá lugar a que se rescinda la venta y se restituya lo pagado. Al respecto se aclara en el libro citado: “...siguiendo las coordenadas del indicado artículo 1525 de la codificación civil, “No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas”. A contrario sensu, si en el asunto sub examine el consumidor, en particular el comprador, no conocía de la ilicitud del objeto del contrato, como de ordinario acontece –justamente por ser el damnificado de la operación negocial–, tendrá pleno derecho a que se le restituya lo pagado in extenso, junto con la correspondiente indemnización de perjuicios, cuando ella naturalmente resulte conducente (efecto indemnizatorio)”²¹.

²¹ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. (2015). *La Compraventa en el Derecho del Consumo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Queda claro entonces, que una venta atada cuyo efecto únicamente sea menoscabar la libertad del consumidor sin causar perjuicios adicionales objeto de responsabilidad civil, la sanción en la que incurriría el vendedor desde el derecho privado, es aquella de la calificación de ilícito del objeto de su venta y la obligación de restituir el pago del comprador como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta.

2.4. LAS VENTAS ATADAS EN EL MERCADO FINANCIERO

El Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contiene en su artículo 98 una prohibición general de prácticas anticompetitivas, mediante la cual puede ser sancionada la conducta. Por otra parte, el numeral 2 del artículo 99 explícitamente autoriza los premios e incentivos que la Ley 1480 de 2011 prohíbe, siempre y cuando los mismos sean gratuitos y su costo no sea transferido al consumidor de ninguna manera, implicando que las entidades financieras pueden utilizar estas prácticas para competir, pero pueden ser sancionadas por abusar de ellas. Por otro lado, en razón a su alta frecuencia, las inclusiones forzosas de terceros sí encuentran prohibición expresa en esta norma. El numeral 2 del artículo 100 prohíbe cualquier coerción en la elección de la entidad que suscribirá la póliza exigida para determinados créditos, prohibiendo de plano la problemática situación mencionada en la introducción.

Posteriormente, se expide la Ley 1328 de 2009 (Ley del Consumidor Financiero). Ésta aplica a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo cual los beneficiarios de estas disposiciones se encuentran claramente definidos en la norma como “consumidores financieros”. El artículo 12 de la mencionada ley contiene un listado de cláusulas y prácticas abusivas. En su literal a) contiene una prohibición general de ventas atadas, análoga a las del Decreto 2153 de 1992 (artículos 47 y 50).

Este artículo es fundamental para integrar las normas sobre ventas atadas (introducidas en la Ley 1480 de 2011) con aquellas que las antecedían en el Decreto 663 de 1993. Como fue visto anteriormente, el Decreto 663 de 1993 permitía los incentivos y prohibía las inclusiones forzosas de terceros en lo concerniente a la toma de la póliza de seguros que garantiza el contrato de mutuo. La nueva disposición trata las ven-

tas atadas abstractamente, armonizando las disposiciones especiales del mercado con aquellas del consumidor regular, permitiendo un mayor campo de acción para la autoridad.

2.5. LAS VENTAS ATADAS EN EL MERCADO DIGITAL Y DE TELECOMUNICACIONES

La Ley 1341 de 2009 es el instrumento mediante el cual se crean los principios del mercado de telecomunicaciones de hoy en día. Crea la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante “CRC”), ubicándola como Unidad Administrativa Especial, adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Es la encargada de promover la competencia y prevenir las prácticas restrictivas. El artículo 53 *Ibid*, desarrolla un régimen de protección al usuario de telecomunicaciones, dotándolo de protecciones y herramientas que le permiten hacer valer sus derechos. En virtud de este artículo, la CRC expidió la Resolución 5111 de 2017 en donde al igual que en la Ley 1480 de 2011, se consagra legalmente la libertad de elección en la adquisición de servicios. El artículo 2.1.3.1 de la sección 3 de la mencionada resolución reconoce puntualmente dicho derecho de elección.

Como es perceptible, la comisión prohíbe los pactos de exclusividad y cualquier limitación del usuario a elegir libremente el operador. La aplicación de esta norma y las que la anteceden, ha adolecido de particular polémica. Ha sido altamente frecuente en la industria de telefonía móvil colombiana, que los operadores del servicio, en razón a que están proporcionando a los usuarios con productos altamente costosos, a precios accesibles (como ocurre con los “smartphones”), éstos atentan los equipos de los usuarios a distintos términos de exclusividad contractuales (o a veces incluso bloquean los equipos para que sólo puedan funcionar con el operador que los vende, situación conocida como “subsidy lock”, frecuentemente utilizada en Colombia) que tienen como consecuencia la prevención de una potencial terminación anticipada del contrato por parte del usuario, a quien nada le impide terminarlo y llevarse el equipo adquirido a un precio altamente reducido, eliminando el ingreso para la operadora que hace que sea económicamente viable otorgar el equipo costoso a un precio reducido.

Como se observa, la Resolución CRC 5111 de 2017, que se encuentra vigente al día de hoy, prohíbe que se establezcan acuerdos de exclusividad. Esto ha tenido lugar porque como se dijo, los pactos y los condicionamientos de exclusividad, así como la portabilidad numérica (novedosamente garantizada también), han sido objeto de polémica en el país.

Ahora bien, la Resolución CRC 5111 de 2017 otorga una Sección entera (la número 7) sobre cómo se deben realizar los empaquetamientos en los correspondientes servicios. La misma se encarga de definir los paquetes de servicios como aquellas ofertas conjuntas de dos o más servicios de telecomunicaciones por parte de uno o varios operadores, que debe realizarse bajo un único precio. Adicionalmente se establecen las condiciones a través de las cuales se debe prestar el servicio cuando el usuario de forma unilateral decida contratar la prestación de distintos servicios de comunicaciones a través de un paquete. Con todo, encontramos que el régimen presente encuentra similitudes tanto con el financiero como con el general. La única diferencia que debe recordarse es la prohibición de los pactos de exclusividad.

CONCLUSIONES

Justificación de la prohibición: En primer lugar, es necesario aclarar que las ventas atadas, al igual que muchas de las conductas mencionadas por el Decreto 2153 de 1992, no son necesariamente anticompetitivas. Ha sido corroborado repetidas veces que existen situaciones de empaquetamiento donde la “atadura” favorece al consumidor y es positiva para la competencia y el mercado en general. La anticompetitividad de la conducta deriva de sus efectos. Los efectos anticompetitivos, pueden ser las barreras de entrada y la discriminación en condiciones equivalentes (ambas conductas tipificadas también en el Decreto 2153 de 1992). En lo concerniente a la protección del consumidor, queda claro que el perjuicio a evitar es cualquier mínima vulneración en el derecho de elección reconocido en la Ley 1480 de 2011. Para eliminar este perjuicio, los productos objeto de la atadura deben estar disponibles para el consumidor por separado y a precios razonables.

Modalidades de la conducta: En segundo lugar, se aclara que la conducta puede ocurrir en varias modalidades, las principales siendo la atadura, los empaquetamientos puros o mixtos y la inclusión forzosa de terceros. Queda claro que la primera consiste en la imposibilidad para el consumidor de acceder a los bienes por separado y a escoger el proveedor del producto atado. El empaquetamiento mixto se caracteriza por la posibilidad de acceder a ambos productos por separado y la inclusión forzosa de terceros se caracteriza por ser una atadura en la que el segundo producto es suministrado por un tercero impuesto. A grandes rasgos se entiende que el empaquetamiento mixto está plenamente permitido.

Sistema de análisis y elementos: Si bien el Decreto 2153 de 1992 declara la contrariedad de todas las prácticas listadas a la Libre Competencia (prohibición absoluta), es perceptible que se usan ambos sistemas. En ese orden de ideas, nos encontramos con que la autoridad, para determinar la anticompetitividad de la conducta, debe identificar 4 elementos para poder sancionar. En lo que concierne al Derecho del Consumidor, la Ley 1480 de 2011, también prohíbe de manera absoluta la conducta. No obstante, en razón a la naturaleza mixta de la conducta se resalta que realmente el elemento que debe estar presente es la coerción en la libertad del consumidor.

El funcionamiento de la conducta en el mercado financiero: Queda claro que la conducta en el mercado financiero tiene principal peso en la sede del consumidor, esto por cuanto la misma se entiende como una práctica o cláusula abusiva en una relación de consumo de particular desventaja, en razón a que el mutuo mercantil es por excelencia un contrato por adhesión. Es de particular importancia que el consumidor tenga libertad total en el momento de tomar una póliza de seguro que respalde su crédito, si se incurre en una inclusión forzosa de terceros habrá lugar a la rescisión de la venta. Así mismo, es esclarecido que en lo que concierne a esta industria, los incentivos o premios condicionados a los contratos, son plenamente validos siempre y cuando sean absolutamente gratuitos para el comprador.

El funcionamiento de la conducta en el mercado digital y de telecomunicaciones: Al igual que lo que sucede en el sistema financiero, se encuentra que las ventas atadas tienen regulación específica en el régimen.

La resolución vigente, la 5111 de 2017, permite los empaquetamientos mixtos, ya sea del mismo operador o de más de uno. Situación que no habilita las inclusiones forzosas de terceros. Por otra parte, la misma disposición prohíbe de plano los “acuerdos de exclusividad”. Adicionalmente, se esclarece que están prohibidas las cláusulas de permanencia y el “subsidy lock”; y que la portabilidad numérica se garantiza.

BIBLIOGRAFÍA

- Comission Decision relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation. 2004. COMP/C-3/37.792 Microsoft (European Comission, 24 de March).
- International Competition Network. 2015. «Chapter 6: Tying & Bundling.» En Unilateral Conduct Workbook, de The Unilateral Conduct Working Group, 5. Sydney: ICN.
- Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. 2015. *La Compraventa en el Derecho del Consumo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- MIRANDA, Alfonso. 1993. «Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de Aplicación en Colombia a la Luz del Derecho Comparado». *Actualización sobre Promoción de la Competencia e Integraciones Económicas*. Bogotá: CEDEC.
- MIRANDA, Alfonso. 2014. «Colombia.» En: *Global Antitrust Compliance Handbook*. Oxford: Oxford University Press .
- Resolución de recurso de casación. 2009. Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, 30 de Abril).
- Resolución No. 33361. 2011. 33361 (Superintendencia de Industria y Comercio, 26 de Junio).
- SCHAEFFER, Fiona; CRAIG Waldman; CAMPBELL, Keira; MOLLY Wilkens, y BENNET, Christina. 2011. «United States.» En: *Global Antitrust Compliance Handbook*. Oxford: Oxford University Press.
- U.S.A v Microsoft Corporation—Conclusions of Law. 2000. Civil Action No. 98-1233 (TPJ) (Court for the District of Columbia, 3 de April).
- VELANDIA, Mauricio. 2011. *Derecho de la Competencia y del Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.