

FIJACIÓN DE PRECIOS
O PRÁCTICAS RESTRICTIVAS
DE LA COMPETENCIA

Grueso, María Helena

Fijación de precios o prácticas restrictivas de la competencia /
María Helena Grueso. -- Bogotá: Editorial Temis, 2014.

128 p. ; 14 x 21 cm.

Incluye bibliografía e índice.

ISBN 978-958-35-0952-9

1. Control de precios 2. Política de precios 3. Competencia
económica desleal 3. Precios regulados 4. Mercadeo - I
nvestigaciones I. Tít.

338.522 cd 21 ed.

1436363

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

MARÍA ELENA GRUESO

FIJACIÓN DE PRECIOS O PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA



Bogotá - Colombia
2013

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso de Corporación Universitaria Republicana.

Publicación sometida a pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons

Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 International



ISBN 978-958-5447-02-8

© Fondo de Publicaciones Corporación Universitaria Republicana, 2017.

© María Elena Grueso, 2017.

Diagramación y corrección: Editorial TEMIS S.A.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec. editorial@editorialtemis.com

Diseños y gráficos originales de Editorial TEMIS S.A.

Hecho el depósito que exige la ley.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

1. Tema	1
A) Determinación del problema jurídico	1
B) Problemas específicos	1
2. Necesidad	1
3. Justificación	3
4. Marco teórico	4
5. Metodología de investigación	6
6. Resumen	7
7. Resultados	8
A) Mercado y competencia	8
B) La competencia	16
C) Derecho del mercado y derecho de la competencia	20
8. Las prácticas comerciales restrictivas frente a la fijación de precios	22
A) Acuerdos restrictivos de la competencia	24
B) Abuso de la posición de dominio	30
C) Actos restrictivos de la competencia	34
9. El precio	35
A) Importancia	37
B) Historia	38
C) Fijación del precio	41
a) Definición	41
D) Métodos	42
E) Marco legal	45
a) Internacional	45
b) Política de competencia en los principales acuerdos regionales	47
F) Colombia	49

	PÁG.
a) Régimen general de libertad de precios	49
b) Régimen de competencia	52
G) Estados Unidos de Norteamérica	64
a) Supervisión, procedimiento y sanciones	69
H) Unión Europea	73
a) Prácticas prohibidas	75
b) Supervisión, procedimiento y sanciones	77
10. Casuística	79
A) Jurisprudencia colombiana	79
B) Jurisprudencia: Estados Unidos de Norteamérica	97
C) Jurisprudencia: Unión Europea – España	100
11. Conclusiones	106
Bibliografía	111

1. TEMA

Escenarios en donde el abuso de la libertad empresarial a través de la libertad de precios, generan una práctica restrictiva de la competencia o eventualmente un abuso al consumidor.

A) Determinación del problema jurídico

¿Es acaso suficiente la normatividad que delimita, regula, restringe y armoniza la libertad de fijación de precios, tanto por los particulares como por el Estado, a la luz de la competencia desleal y la protección al consumidor?

B) Problemas específicos

Del problema jurídico antes indicado, emergen dos líneas puntuales por resolver de acuerdo con la entidad que determina dicho precio; es decir, los particulares o el Estado por medio del gobierno nacional. Por tanto, se estudiará i) la limitación de fijación de precios a los particulares como consecuencia de la protección a la libre competencia y a los consumidores, y ii) los escenarios en los cuales el Estado puede entrar a determinar precios o aplicar mecanismos para la fijación de los precios, teniendo presente las limitaciones de orden interno y externo (como la Organización Mundial de Comercio).

2. NECESIDAD

La fijación del precio podría entenderse como el procedimiento mecánico para establecer precios sobre una base regu-

lar, utilizando un método que estructura el cálculo del precio real de un producto, sea bien o servicio¹, o como la evaluación de las diferentes características por los clientes y por precios de los competidores².

Sin embargo, tal manifestación, libre y espontánea, se encuentra cobijada por las libertades protegidas por nuestro ordenamiento y se encuentra delimitada por unos deberes y responsabilidades frente al mercado, los competidores, los consumidores e incluso el propio Estado.

En este sentido, la Constitución Política alude el tema así:

a) El artículo 333 de la Constitución Política establece los principios ordenadores de la economía; en él se plasman: la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad de competencia económica como derecho que supone responsabilidades, la empresa como base de desarrollo, la obligación del Estado de impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que las personas o las empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

b) A su turno, el artículo 336, *ibidem*, impide la conformación de monopolios, salvo que sean arbitrios rentísticos con una finalidad de interés público o social en virtud de la ley.

Por tanto, los precios determinados por el agente del mercado se encuentran protegidos por la libertad de empresa y la libre competencia. Debiendo, en todo caso, cumplir unas obligaciones a la hora de realizar la fijación de precios, para que con su actuación no vulnere el mercado, a sus competidores, a los consumidores o al Estado.

Lo anterior no quiere decir que en el mercado no pueda presentarse una competencia entre los agentes del mercado; por

¹ FRED DAVID, *Diccionario de mercadeo y publicidad*, Caracas, Edit. Panapo, 1992.

² Disponible en www.sappiens.com/castellano/glosario.nsf, consultado el 23 de mayo de 2010.

el contrario, lo que se busca es proteger la competencia entre los productores, solo que esta debe tenerse bajo unos principios como el de la buena fe mercantil, entre otros.

Así pues, figuras como los acuerdos de precios, los precios predatorios, la restricción indebida de la competencia, el abuso de posición dominante, son figuras reprochables por el ordenamiento jurídico nacional, tal y como se expondrá más adelante.

Además, se revisará el tema referente a la facultad de determinación de precios por parte del Estado, los escenarios en los que puede desenvolverse (limitaciones de orden nacional y supranacional) y como se desarrolla tal potestad dentro de las libertades constitucionales consagradas a los productores de tales productos.

3. JUSTIFICACIÓN

Durante los últimos años se ha observado que de manera vertiginosa ha emergido el derecho de la competencia y del consumo dentro de las discusiones jurídicas, políticas e incluso en todos los ámbitos de negociación de los agentes económicos, como se pudo evidenciar en todas y cada una de las negociaciones de tratados de libre comercio.

Esto quiere decir que la necesidad de proteger al mercado como fuente básica y primaria del modelo económico se denomina “capitalismo”. Modelo del que inicialmente se observaban derechos y libertades por quienes convergían en el mercado. Luego, ante la observancia de los abusos por quienes ostentaban posiciones privilegiadas en el mercado, se observó la necesidad de una intervención del Estado y la necesidad de imponer obligaciones a todos los agentes del mercado, incluso el Estado, a la hora de participar y actuar en los escenarios de mercado, situaciones plasmadas en la Carta Política de Colombia. Ejemplos de ello son los siguientes:

1. El Estado, de manera excepcional, entra a fijar los precios de determinados productos gracias a la importancia que tienen estos para la economía nacional, o por motivos de interés público; ejemplo: lo ocurrido con la leche cruda.

2. El Estado, de manera excepcional por motivos ulteriores, fija los criterios a los empresarios para establecer el precio de determinados productos.

3. Se configura una responsabilidad frente al mercado, otros productores y los consumidores; por parte del empresario a la hora de determinar los precios de sus productos cuando ello configura escenarios de competencia desleal, abuso de la posición de dominio, carteles restrictivos, actos restrictivos y menoscabo a los consumidores.

Lo señalado justifica un trabajo profundo, respecto a las limitaciones al momento de configurar los precios de los productos producidos, no solo de los particulares, sino también los escenarios y mecanismos para que el Estado pueda determinar los precios. Teniendo presente la totalidad de las fuentes del derecho y un especial acercamiento a las leyes, decretos, resoluciones y, de manera particular, los pronunciamientos de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y las manifestaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Debido a la novedad del tema en Colombia y al carácter global de esta temática, menester es revisar los pronunciamientos doctrinales y jurisdiccionales de otras latitudes, principalmente de los países y regiones globalizadas como Estados Unidos y Europa.

4. MARCO TEÓRICO

La competencia es la participación de varios vendedores que buscan enajenar los bienes o servicios ofrecidos, mediante

diferentes mecanismos como la fijación de precios, la segmentación de mercados, la calidad, el servicio al cliente, entre otros.

Mediante un adecuado ejercicio de la competencia es posible alcanzar precios justos y razonables, sin importar si es un mercado perfecto o imperfecto. Como consecuencia, un mayor número de personas pueden satisfacer sus necesidades de acuerdo con su capacidad económica y demás condiciones subjetivas.

Tal y como lo expresó RUBIO (2007), superintendente de Industria y Comercio de la época³: “Si las empresas operan en un mercado competitivo, se ven incentivadas a buscar la forma de producir a un menor costo, es decir, a mejorar la producción y comercialización, para brindar mejor calidad y precios, lo que favorece a todos los segmentos de la sociedad, incluyendo a los más pobres, quienes tienen bajo este esquema más facilidades para acceder a los bienes y servicios de primera necesidad”.

Así mismo, mediante una adecuada competencia se robustece la economía del país al optimizar los recursos escasos, premiar la innovación y mejorar la satisfacción de los consumidores finales y así generar ciclos económicos positivos.

Los términos de la libre competencia se encuentran como un derecho de todos que supone responsabilidades, prohibiendo de antemano toda aquella conducta que distorsione, falsee, o restrinja la libre competencia de los mercados.

De esta manera, figuras como los precios predatorios⁴, los acuerdos de precios⁵, los carteles de precios y las prácticas

³ Ámbito Jurídico, núm. 195, 20 feb. - 5 mar., Bogotá, 2006.

⁴ Al respecto véase el num. 1 del art. 50 del decr. 2153 de 1992.

⁵ En este sentido véase el num. 1 del art. 47 del decr. 2153 de 1992. A pesar de lo anterior, la ley 155 de 1959 excepcionalmente autoriza los acuerdos de precios.

comerciales restrictivas⁶ se encuentran tajantemente prohibidas por el ordenamiento colombiano.

Así mismo, para el presente estudio de manera coetánea se deben definir figuras como la posición dominante, entendida como aquella capacidad que tiene un agente económico para determinar las condiciones de un mercado específico con independencia de sus competidores y de los consumidores. Que de antemano no es censurable, simplemente impone cierto tipo de restricción a la hora de determinar los precios, ejemplo de ello los precios predatorios.

A pesar de lo anterior, de manera excepcional, el gobierno nacional, por intermedio del Ministerio del respectivo sector, puede intervenir en la fijación del precio de un determinado producto mediante el régimen de control directo, el régimen de libertad regulada, el régimen de libertad vigilada.

Durante el acercamiento a este problema jurídico, se tocarán también temas procedimentales como las garantías, que de antemano se advierte que debe ser replanteado, y en este sentido también se estudiará la decisión 608 de la Comunidad Andina, mediante la cual se promueve la interacción de las autoridades en materia de investigaciones de conductas que afecten los mercados de la Comunidad Andina, siempre y cuando estas actividades tengan efectos transfronterizos.

5. METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

Se utilizaron los métodos bibliográficos, descriptivos y explicativos. El estudio se llevó a cabo a través de la consulta directa de la doctrina existente, nacional e internacional, como de la jurisprudencia. Así mismo, se realizaron las consultas de otras fuentes, como revistas especializadas, circulares, videos,

⁶ Ley 256 de 1996.

consultas de página web nacionales e internacionales, en las cuales se aborda el tema propuesto.

El procedimiento consistió en la recolección, análisis y organización de datos. La recolección se refiere a la información que se obtuvo de la revisión de los textos legales adoptados por el Congreso de la República por medio del “Diario Oficial”, así como de las providencias judiciales emanadas de las Altas Cortes, lo mismo que otras fuentes bibliográficas sobre el tema, escritas por autores nacionales e internacionales. Una vez recopilada la información necesaria e indispensable sobre el problema central del que se ocupó la investigación, se realizó el análisis de la misma en la perspectiva de encontrar solución al problema planteado.

6. RESUMEN

La fijación de precios es un terreno para muchos desconocido; en realidad, a pesar de su importancia, a la fecha ha sido objeto de poca investigación, posiblemente debido a que abarca varias disciplinas que hacen de su estudio un ancho pero, a la vez, transitado sendero. El presente artículo trata sobre el marco legal, tanto en el ámbito nacional como internacional, ahondando en las especificidades de la normatividad norteamericana y europea a fin de lograr una visión completa de la forma en que está regulado el tema a todo nivel, lo que permite tener las herramientas necesarias para adelantar una visión crítica del tema y evaluar los posibles modelos que servirían para perfeccionar el sistema colombiano.

Abstract

The pricing is a land unknown to many, in fact, despite its importance, to date has been the subject of little research, perhaps because this issue involves several disciplines that

make its study a wide but at the instead traveled path. This article discusses the legal framework, both nationally and internationally, deepening the specificities of the United States and Europe to achieve a complete picture of how it is regulated item at every level, which allows the tools necessary to advance a critique of the subject and evaluate the possible models that would serve to improve the system in Colombia.

7. RESULTADOS

Acercamiento al área donde se desarrolla y estudia la fijación de precios

El precio es entendido como uno de los elementos del mercado y uno de los puntos neurálgicos al momento de establecer la competencia entre los distintos sujetos participantes en el mercado. Por ende, un estudio adecuado de la fijación de precios implica inicialmente que se estudie y analice el mercado, la competencia y la rama del derecho que regula tales interacciones; es decir, el Derecho de los Mercados y una división de este, el Derecho de la Competencia.

En tal sentido, se abordarán los temas del mercado y la competencia, para luego estudiar las ramas jurídicas que las comprenden.

A) Mercado y competencia

a) *El mercado, su estructura y evolución histórica.* El mercado puede ser entendido como un espacio, físico o virtual, donde confluyen agentes dispuestos a ofrecer determinado producto o servicio a otros agentes que están interesados en satisfacer sus necesidades y donde se determinará el precio sobre el cual se concretará la relación negocial. Es decir, que para la existencia de un mercado se requiere: i) objeto del negocio

jurídico, ii) un ofertante de este (productor o distribuidor), iii) un demandante (adquirente o consumidor), iv) un territorio, y finalmente v) el acuerdo de voluntades que se concreta con el precio⁷.

En este sentido, VELANDIA (2008) manifestó lo siguiente “Mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio”.

Ahora bien, ese mercado tiene una estructura determinada por el Estado o por las mismas realidades propias del determinado segmento. En palabras de VELANDIA (2008): “[...] número de empresas, uniformidad del producto, factibilidad del ingreso y tipos de competencia”, donde es posible determinar si estamos en presencia de un mercado con competencia perfecta, imperfecta o monopolio de acuerdo con la injerencia con que compiten los agentes económicos (JAECKEL, 1998), en estos casos de los oferentes ya que el monopolio no es objeto de estudio del presente documento.

Así las cosas, la competencia que se origine dentro del mercado es el elemento para determinar la estructura del mercado y no la existencia de un mercado como mal podría pensarse.

⁷ Nótese, pues, que en la anterior descripción se omite la competencia como factor o elemento propio o característico del mercado; esto se debe a la competencia que viene a ser un elemento esencial del mercado de acuerdo con la concepción político-económica imperante en el ordenamiento que se estudie. Así, en un modelo de control central donde el sistema de producción sea monopolizado por el Estado (algunos escenarios socialistas como la llamada Perestroika) o este determine todos los elementos de producción a tal punto que las empresas no puedan luchar entre sí por el mercado, no tendrán competencia y por ello no se podría decir que no hay mercado porque el tráfico de mercaderías y la satisfacción de sus agentes, en mayor o menor medida, según sea el caso, se da (LONDOÑO, 1998).

La competencia perfecta. Se presenta cuando en un determinado mercado confluyen en una suma suficiente agentes (ofertantes y demandantes), adecuadamente informados, respecto de un producto homogéneo y sin ningún tipo de obstáculos para que los agentes ingresen o se retiren a largo plazo (VELANDIA, 2008).

Es pues, un escenario ideal que solo existe en el mundo de las ideas y del cual el derecho sería totalmente ajeno o superfluo.

La competencia imperfecta. Puede ser entendida como un punto intermedio entre el monopolio y la competencia perfecta (VELANDIA, 2008), o donde se presentan fallas del mercado porque “uno o más de los agentes de un determinado mercado, y debido a su gran capacidad adquisitiva, logra obtener un poder de mercado que lo ubica por encima de sus competidores en la toma de decisiones generales, especialmente en la influencia del precio de venta” (MÁRQUEZ, 2007).

El monopolio. Es aquella situación en la que un solo empresario satisface las necesidades del mercado y, en consecuencia, determina las condiciones propias del mercado, como bienes ofertados, precio, cadena de distribución, calidad, entre otros. El cual puede originarse de manera natural (restricciones propias del mercado o barreras de entrada) o legal (por regulación interna) (VELANDIA, 2008).

A pesar de todo lo manifestado se debe decir que el mercado no siempre ha tenido el mismo peso o relevancia en el ámbito económico y mucho menos del derecho.

Es sumamente ilustrativo en ese sentido el análisis histórico efectuado por la Corte Constitucional (sent. C-535 de 1997):

“[...] La institución del mercado corresponde a un dato histórico y cultural. En una época el mercado solo desplegó una función marginal, dada la autosuficiencia de ciertas comunidades, circunstancia que todavía se presenta en algunos

lugares del país y en relación con ciertos grupos humanos. En un momento ulterior de la historia, los gremios y corporaciones, en sus respectivos campos, controlaron las profesiones y los oficios y sujetaron a su férrea disciplina la producción y distribución de sus productos. El control corporativo del mercado, progresivamente fue desplazado por las corrientes de internacionalización que siempre han alentado el comercio y por la presencia cada vez más notable de la clase de los comerciantes en expansión creciente. Los estados nacionales, a su turno, al prohibir la filosofía mercantilista, asumieron bajo su protección el sistema corporativo, pero lo privaron de su autonomía en su afán por hacer de la prosperidad nacional una verdadera política de Estado, lo cual dio vida a infinidad de medidas de protección y a la directa participación del Estado en actividades económicas.

”La revolución industrial es un hito que modifica el concepto y el papel del mercado en la vida social y política. El mercado llegó a adquirir una importancia central como medio regulador de la actividad económica y lugar de intercambio y confrontación constante de los bienes económicos, hasta el punto de que la competencia como principio de la nueva cultura económica, fincada en los valores de la ideología liberal, se impuso definitivamente sobre el ideal de solidaridad que caracterizaba el sistema anterior, organizado para satisfacer necesidades previamente establecidas y servir de fundamento a la coexistencia ordenada de los productores como miembros de grupos y organizaciones. En lugar de la corporación emergió el sujeto económico libre. Sin ataduras corporativas, la lealtad se predica ahora frente a la ley impersonal, general y abstracta y, de otro lado, por supuesto, frente al estímulo individual de perseguir racionalmente sus propios intereses materiales. Le corresponde a la ley simplemente garantizar la libertad general.

”Las recurrentes crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus excesos y distorsiones, entre los cuales no es el menos grave la tendencia que se advierte a la concentración oligopólica o monopólica, llevó a superar la idea liberal de completa separación entre la economía y la política. El Estado social de derecho, a través de la distribución del ingreso nacional y la prestación de servicios básicos, asume una función preponderante en la creación de condiciones mínimas de igualdad material entre las personas. De otro lado, gracias al arsenal de competencias que se le reconocen en el campo económico, el Estado está en capacidad de influir en la evolución y sentido de las principales variables macroeconómicas, lo que no deja de reflejarse en los distintos mercados de bienes y de servicios, así no se intervenga de manera directa en ellos.

”A lo largo de la evolución histórica se van conformando las instituciones de la economía de mercado. La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesidad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente. A través del ejercicio de estas dos facultades, la Constitución reconoce un ámbito legítimo para el desarrollo de la razón instrumental que apunta a la satisfacción del interés material propio. Por su parte, la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de estas el balance induce

a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado [...]”.

Es decir, que i) inicialmente el mercado era algo secundario al ser los pueblos autosuficientes, luego ii) los gremios profesionales determinaban la concurrencia al mercado y el mercado mismo, posteriormente iii) la internacionalización del comercio (mercantilismo) apoyado por los Estados nacionales detentaron el derecho de asociación y de esta manera el comercio mismo (mercado), iv) la Revolución Industrial trajo a colación la libre iniciativa privada y el individualismo promulgado por ADAM SMITH; finalmente ante el abuso y las distorsiones que se presentaban en el mercado se evidenció la importancia de la intervención del Estado como agente corrector de los desequilibrios y propulsor del Estado de derecho⁸.

⁸ MÁRQUEZ (2007) se cuestionó así: “Podría pensarse que el enfoque que estamos presentando corresponde a un modelo económico clásico, al estilo de ADAM SMITH, donde el Estado no debe intervenir en los mercados, permitiendo que la «mano invisible» los estabilice. Pensaríamos, que el carnicero, el panadero y el cervecero que menciona SMITH al actuar de manera egoísta, buscando alcanzar sus propios objetivos personales, lograrían alcanzar el objetivo final de equidad e igualdad para la sociedad. Sí. ¿Pero qué pasaría si el carnicero de SMITH dejase de ser un simple carnicero de tienda, para convertirse en el único proveedor de carnes frías de un país? ¿O si el cervecero se convierte en un emporio cervecero que domine completamente un mercado determinado? ¿Tendrá que permitir la sociedad que estas personas sigan buscando su propio interés personal, para así agregarlo al mío y obtener el interés colectivo? ¡No!

”Con mercados más desarrollados como los de nuestra época, el ingreso per cápita no puede ser un método de análisis exclusivo del crecimiento del bienestar en una sociedad como lo habría sugerido ADAM SMITH. Debido a la posibilidad de un agente económico de alterar las condiciones del mercado, el derecho vuelve a jugar un papel fundamental para restablecer el orden; corregir las fallas del mercado y propender por la optimalidad y la eficiencia de este. Así, se alcanzará la equidad y la justicia en una sociedad a través de la correcta distribución de los bienes escasos de una sociedad”.

Respecto a este último estadio del mercado puede traerse a colación (MOLINA, 2003):

“[...] El ejercicio de la libertad económica sigue basándose en la satisfacción de intereses individuales, pero con los nuevos tiempos esa libertad está enmarcada bajo un esquema comunitario. Esto no contradice las leyes del mercado, por el contrario, las refuerza puesto que si el Estado vela porque todo individuo pueda ejercer su libertad de comercio dentro de ciertas normas y límites, no lo hace con la intención de manipular el mercado sino de garantizar que el funcionamiento de este no afecte de manera grave los mismos individuos que lo ejercen, de esta forma se asegura que siempre exista el juego de la oferta y la demanda y que entre pequeños y grandes comerciantes existirán reglas de juego claras y medios de control eficientes que estarán siempre del lado del más débil y de los intereses del mayor número de personas [...]”.

El ordenamiento colombiano se encuentra enmarcado dentro de un Estado social de derecho, lo que necesariamente implica un deber y un papel particularmente activo del Estado en la economía nacional para cumplir los fines señalados por la Constitución Política, sin que ello, en modo alguno, implique el desconocimiento de la libertad económica, libertad de empresa y de asociación, la libertad de asociación, el acceso a la propiedad privada, entre otros; que también son de raigambre constitucional (PALACIO, 2003).

En este sentido, la sentencia C-228 de 2010 dice:

“[...] 5. El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con

la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación (art. 333); y ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (art. 334, C. P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial, a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico [...]”.

Y a continuación acotó:

“[...] 6. Como se observa, el Estado constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propó-

sito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general [...].

Es pues, dentro de este escenario en donde la competencia habrá de establecerse de acuerdo con un modelo que protege las garantías individuales pero con un marcado carácter social (v. gr., la función social de la propiedad).

B) *La competencia*

De manera muy sencilla, los tratadistas han entendido que la competencia es un conflicto entre varios oferentes, que ofreciendo sus mejores armas, buscan apropiarse del mercado y de esta forma aumentar sus utilidades (JAECKEL, 1998). Y que la misma noción se ha ampliado profundamente a raíz de los abusos de la concepción liberal y la aparición del monopolio y ya se observan figuras que implican una responsabilidad frente al mercado como la posición dominante, las prácticas comerciales restrictivas y los actos abusivos (MOLINA, 2003).

En palabras de ZULUAGA (1998):

“[...] Ahora bien, la competencia hace referencia a una situación del mercado en la cual las empresas oferentes de bienes y servicios luchan independientemente por mantener las preferencias del consumidor, buscando un objetivo específico, cual es el de obtener el incremento en sus ventas, un mejor nivel de utilidades y, como consecuencia, una mejor participación en el mercado en que actúan. La competencia, pues, resulta de la participación libre en el mercado por parte de quienes ofrecen bienes o servicios similares y, en la otra punta, los consumidores finales, que toman libremente su decisión de compra, basados en información suficiente sobre las características del producto, tales como precio, calidad y garantías, sin que [en] estas decisiones intervengan fuerzas diferentes a las del mercado mismo [...]”.

Entendido el concepto de competencia, se debe diferenciar, por un lado, la competencia pura y perfecta del siglo XIX de los economistas de la Revolución Industrial y del mercantilismo que propugnaban con la no intervención del Estado “la mano invisible”; y, por el otro, la competencia actual que es eficiente y eficaz de acuerdo con los objetivos de la política económica y social del Estado (BETANCOURT, 1998). Por ello, el Estado puede y debe proteger a la economía a través de la protección de la competencia y sus libertades; ya que como oportunamente la Corte señaló:

“[...] la competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no solo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado, sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia⁹.

”En ese orden de ideas, todas las personas tienen derecho a concurrir libremente al mercado ya sea para adquirir bienes u ofrecer los que comercialice o produce. No obstante, el ejercicio de esa actividad, tal como surge del mismo texto de la Constitución, tiene limitaciones con el fin de que no se irrumpa en el terreno de lo indebido y no se abuse del derecho a competir [...]” (T-583 de 2003).

Entonces se puede concurrir y participar activamente en el mercado siempre y cuando esa actividad sea desarrollada de manera adecuada y acorde con las responsabilidades que como agente se tiene; es decir, que no se debe abusar de los derechos o ejecutar actuaciones que restrinjan la competencia.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sent. C-616 de 13 de junio de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

Por eso, la Corte Constitucional colombiana ha entendido, de manera reiterada, la libre competencia, así¹⁰:

“[...] la Corte en sentencia C-616 de 2001, al conocer sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones relativas a la competencia entre las empresas prestadoras de servicios de salud, consideró que esta se presenta *cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita, y también señaló que el elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades, b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren [...]*” (cursivas fuera del texto original) (C-389 de 2002).

Al respecto es importante indicar:

“[...] La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto

¹⁰ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: C-616 de 2001, T-375 de 1997, C-535 de 1997, C-815 de 2001, C-150 de 2003, T-583 de 2003 y C-228 de 2010.

facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

”La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundando en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.

”El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean estos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración.

”La Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional [...]” (C-535 de 1997).

C) *Derecho del mercado y derecho de la competencia*

El derecho surge como una herramienta para corregir las fallas del mercado¹¹ como la competencia imperfecta, las externalidades y los problemas con la información, ya sea mediante el poder regulatorio, sancionatorio o incluso fijando precios o estableciendo monopolios (MÁRQUEZ, 2007).

El derecho del mercado es entendido por la doctrina nacional como la “[...] rama especializada en la cual se aglutinan los derechos y obligaciones que poseen las empresas para ejercer la libertad de entrada a una actividad comercial y los consumidores en desarrollo de su libertad de escogencia” (VELANDIA, 2008).

Ahora, dentro de ese derecho de los mercados se encuentran diferentes ramas; una de ellas es el derecho de la competencia, a pesar de las dificultades para determinar su contenido (BETANCOURT, 1998), de su juventud (BERDUGO, 2003) o incluso el hecho de ser denominada como parte de los lineamientos modernos de constitucionalización del derecho privado (MOLINA, 2003). Nos podemos aventurar a definir el derecho de la competencia como¹²:

¹¹ Sent. C-150 de 2003.

¹² VELANDIA (2008) la definió así: “Rama que salvaguarda la intervención del Estado en la economía en busca de proteger el interés público, así como la propiedad privada”.

“Una rama del derecho que busca la presencia continua, armónica y leal de conflictos entre los diferentes agentes económicos que intervienen directamente en el mercado para, de esta manera, optimizar los recursos escasos y, así mismo, permitir al Estado realizar sus fines y a los agentes satisfacer de manera más eficiente sus necesidades”.

Es decir, que en palabras de BERDUGO (2003):

“[...] La función del derecho consiste en mantener la paz social resolviendo los conflictos que puedan surgir. Sin embargo, el orden natural del mercado es el del conflicto que conlleva la libre competencia, por lo tanto, en este ámbito, la función del derecho no es la de preservar la paz entre los consumidores, sino la de regular la lucha, en la cual se busca perjudicar a los rivales [...]”.

Es decir:

“Cada participante en el mercado lucha por atraer el mayor número posible de consumidores y si en esa lucha se utilizan medios legales y leales, quienes resulten vencidos en virtud del libre juego de la oferta y la demanda tienen la obligación de soportar dicho efecto, de lo contrario, su conducta se hace reprimible desvirtuando los presupuestos de la libre competencia.

”Ante tal situación, el Estado debe interpretar el alcance de las libertades y cumplir su obligación constitucional de servir de garante a la libertad de empresa y las prácticas competitivas y establecer correctivos limitando esa libertad.

”Esta delimitación nos permite comprender la evolución que el concepto ha tenido a lo largo de la historia, y su adecuación a la realidad de los negocios y del mercado¹³ [...]”.

¹³ Sobre la nueva concepción de este concepto, señala ALBERTO BERCOVITZ: “Como puede pues apreciarse, la prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. A la exigencia de competencia leal ha sucedido la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”.

De lo anterior es claro que el derecho de la competencia¹⁴ busca:

- Que efectivamente se produzca competencia en el mercado y que no sea sustituida por la paz entre los competidores (*antitrust* o prácticas comerciales restrictivas) (BERDUGO, 2003), o en otras palabras, aquellas prácticas que restringen el juego de oferta y demanda (VELANDIA, 2008).

- Que tal competencia sea leal y honesta; es decir, que el conflicto entre los agentes compitan de una manera ilícita (BERDUGO, 2003) y de esta forma proteger a los agentes de daños injustificados durante la contienda (competencia desleal).

Por tanto, el Derecho de la Competencia pretende que los agentes luchen entre sí (prácticas comerciales restrictivas, que se abordará en el capítulo siguiente), pero que tal disputa se enmarque dentro de los principios constituciones y del Derecho Comercial (competencia desleal, que también será abordado en capítulos subsiguientes).

8. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS FRENTE A LA FIJACIÓN DE PRECIOS

Como se mencionó anteriormente, las prácticas comerciales restrictivas buscan proteger: i) la capacidad adquisitiva de

¹⁴ Al respecto, PALACIO (2003): “[...] El derecho de la competencia comprende dos grandes áreas de estudio, en primer lugar, comprende el denominado derecho de la competencia desleal, que es aquel que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado y la rivalidad existente entre los mismos para la constitución, conservación y desarrollo de la clientela, sancionando todos aquellos comportamientos que resultan contrarios a los usos y las buenas costumbres mercantiles y en segundo lugar, comprende las prácticas restrictivas de la libre competencia o derecho de la promoción de la competencia, el cual proscribe y sanciona todas aquellas conductas que de alguna manera restringen, limitan o eliminan el desarrollo de la libre competencia al interior del mercado: ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992 [...]”.

bienes del consumo, y ii) la redistribución equitativa del dinero dentro de la economía¹⁵.

Mediante esta figura, el Estado en un papel protector y corrector de las distorsiones del mercado busca corregirlas, ya que estas son originadas con la creación de barreras de entrada al mercado, la limitación a la libertad de escogencia del consumidor y la variedad de precios y productos en el mercado (VELANDIA, 2008).

Distorsiones que pueden ser realizadas de manera directa, cuando el agente evita la libre competencia, o indirecta, cuando a través de un tercero se busca limitar la libre competencia (MÁRQUEZ, 2007).

Así pues, nuestro legislador creó un marco normativo donde se regulan, prohíben y describen las prácticas comerciales restrictivas¹⁶, como lo son:

- El artículo 333 de la Constitución Política, particularmente su inciso 2º.

¹⁵ En este sentido, VELANDIA (2008): “A cualquier Estado le interesa que los consumidores cuenten con una importante capacidad adquisitiva de bienes y además, que la mayoría de los mercados requeridos en su economía cuente con una importante capacidad adquisitiva de bienes y además, que la mayoría de los mercados requeridos en su economía cuente con una importante participación de empresas. Estos dos factores permiten que la economía tenga una buena raíz para funcionar.

”No obstante lo anterior, existen comportamientos de terceros que erosionan la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y al mismo tiempo rompen la equidad en la distribución del dinero en los diferentes sectores, causándole daño al bien tutelado, siendo ello regulado por las prácticas comerciales restrictivas”.

¹⁶ También, VELANDIA (2008) acertadamente dice: “Las prácticas comerciales restrictivas castigan comportamientos mediante los cuales como consecuencia de falsear la competencia las empresas aumentan su capital sin justa causa; tal comportamiento es reprochable”.

- El artículo 1º de la ley 155 de 1959, donde se tiene la prohibición general en materia de prácticas comerciales restrictivas.
- Los artículos 44 al 52 del decreto 2153 de 1992.

Normas que por regla general han sido diseñadas de tal manera que tengan una aplicación *ex ante*¹⁷, en el sentido de que castigan la intención de producir una restricción en la libre competencia, aunque el resultado anticompetitivo, propiamente dicho, no se produzca (MIRANDA, 1997).

En dicha normatividad se distinguen tres tipos de escenarios donde se desarrollan las prácticas comerciales restrictivas:

1. Acuerdos restrictivos de la competencia.
2. Abuso de posición dominante.
3. Actos restrictivos de la competencia.

Situaciones que en modo alguno, pueden excusarse en la costumbre, sea o no sea mercantil; es decir, que no puede ser alegada la costumbre como un eximente de responsabilidad, costumbre sumamente practicada en el ordenamiento colombiano¹⁸.

A continuación se verán a fondo estos escenarios, a saber:

A) *Acuerdos restrictivos de la competencia*

Los acuerdos pueden ser horizontales o verticales; serán horizontales si quienes suscriben o establecen el acuerdo se encuentran en la misma escala de valor y, en cambio, serán

¹⁷ MÁRQUEZ (2007), al hablar sobre el carácter *ex ante* y *ex post* de las normas, dice que se entiende por norma *ex ante*: cuando se prohíbe la situación descrita sin perjuicio de los efectos nocivos; y *ex post*: cuando la prohibición recae sobre la conducta efectivamente materializada si se producen efectos en el mercado.

¹⁸ Consejo de Estado, sección primera, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero, 2002.

verticales si quienes lo consienten se encuentran en lugares diferentes de la mencionada escala (VELANDIA, 2008).

Los acuerdos se presentan de manera colusoria o excluyente. El acuerdo colusorio se presenta cuando las empresas adecuan su comportamiento con el fin de eliminar a un competidor del mercado, disminuyendo de esta manera los productos o servicios disponibles al consumidor. El acuerdo excluyente se presenta cuando dos empresas arreglan no competir entre ellas, evitando así una confrontación al igualar su actuar, lo que evita la tan anhelada optimización de recursos por parte de los agentes del mercado.

El decreto 2153 de 1992 en su artículo 45, estableció:

“*Definiciones.* Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

”1. *Acuerdo.* Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada 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 o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición 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” (se resalta).

De lo anterior, salta a la vista que i) deben intervenir por lo menos dos agentes del mercado independientes; es decir, que quienes intervienen no deben pertenecer al mismo grupo em-

presarial o conglomerado, y ii) el acuerdo puede presentarse de múltiples formas¹⁹.

Las dos primeras no merecen mucha consideración al respecto, más allá de las discusiones de orden civil y comercial en cuanto a la existencia o no del convenio.

Por el contrario, las tres últimas modalidades sí requieren de mayor acotación:

- La concertación se da usualmente en ambientes gremiales (VELANDIA, 2008) o los denominados actos unilaterales complejos [OSPINA FERNÁNDEZ, 2005], donde luego de un consenso quienes lo conforman encuadran su actuar de acuerdo con lo acordado.

- La práctica concertada es una suma de concertaciones que analizadas de manera conjunta logran ser significativas.

- La práctica conscientemente paralela²⁰ ocurre cuando las empresas igualan su comportamiento mediante un efecto espejo o imitación de su proceder y de esta manera los competidores dejan de competir. Para que se presente esta actuación se requiere que los competidores sean conscientes del proceder del otro, al menos de manera indiciaria, o, de acuerdo con el Consejo de Estado, las empresas han debido percatarse de tal paralelismo, por ejemplo, debido a la cercanía de las empresas

¹⁹ “[...] estas figuras, contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela, deben contener la voluntad exterior que permita colegir un comportamiento consecuentemente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifiquen entre sí, es decir, una actuación conjunta [...] Por lo tanto, para que exista un acuerdo deben concurrir como mínimo dos elementos, a saber: la bilateralidad, esto es, que existan por lo menos dos sujetos que pueden acordar y, de otra parte, una expresión de la voluntad o consenso entre las partes independientemente de su naturaleza o formalización” (res. 36903 de 2001).

²⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Ayda Vides Paba, 2009.

(Consejo de Estado, sección primera, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, 2006).

Más adelante, el mismo decreto 2153 de 1992 en su artículo 47, sin detrimento de la prohibición general contenida en el artículo 1º de la ley 155 de 1959, establece unas modalidades de acuerdos expresamente prohibidos por nuestro legislador, a saber:

“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.*

”2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*

”3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*

”4. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*

”5. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*

”6. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*

”7. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*

”8. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.*

”9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

”10. Adicionado por el art. 16 de la ley 590 de 2000. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (se destaca con cursivas).

Los dos apartes resaltados, son aquellos acuerdos relevantes para la presente investigación, y por tanto, se procederá a su análisis:

1. *Acuerdos por fijación de precios*²¹. La doctrina los define como el arreglo de precios directos o indirectos²² entre competidores, sin importar si se tuvo la intención de fijarlos; es decir, que por el solo hecho de existir las empresas deben ser sancionadas²³.

A pesar de lo expresado por la doctrina y la Superintendencia de Industria y Comercio, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, magistrada ponente: Ligia Olaya de Díaz, en sentencia del 27 de noviembre de 2003, estableció que tal acuerdo debe tener la efectividad de restringir el acceso a terceros del mercado²⁴.

²¹ Pueden consultarse los siguientes fallos y resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Marta Álvarez del Castillo, 2003; M. P. Susana Buitrago Valencia, 2004; M. P. Ayda Vides Paba, 2005; res. 27759 de 1999 y 6111 de 2000.

²² Para un mayor análisis del mismo consúltese VELANDIA, M., *Derecho de la competencia y del consumo*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado, 2008.

²³ Res. 29302 de 2000 y 670 de 2001.

²⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Ligia Olaya de Díaz, 2003.

Sentencia revocada —algo que era pedido a gritos por quienes se dedican al estudio de la materia— por el Consejo de Estado, al establecer que la práctica restrictiva de la competencia se configura con el solo acuerdo sin que se requiera examinar la distorsión del mercado (criterio *per se*) (Consejo de Estado, sección primera, C. P. María Claudia Rojas Lasso, 2010).

Sin embargo, el numeral 1 no distingue entre acuerdos verticales (v. gr., proveedor, distribuidor) u horizontales (competidores), situación criticada de manera férrea por la doctrina, que considera que el acuerdo vertical no debe estar expresamente prohibido, sino que este debe observarse a la luz de los principios y fines pertinentes (regla de la razón), y no por el solo hecho de haberse pactado (regla *per se*) (MÁRQUEZ, 2007).

El acuerdo de precios puede presentarse con precios: i) idénticos, ii) desiguales, iii) techo, iv) piso, v) franja de precios, vi) fijación de una variable²⁵.

No sobra recordar, como a buena hora lo hizo el Consejo de Estado, que el acuerdo de fijación de precios se da es con la simetría de precios, que puede configurarse por el monto o por la periodicidad del mismo (Consejo de Estado, sección primera, C. P. Manuel Santiago Urueta Ayala, 2003).

El numeral 2 establece una discriminación frente a un tercero que se encuentra en condiciones similares; así pues, se otorga a un tercero un mejor precio o condiciones de pago del precio frente a otro que se encuentra en situaciones análogas.

Para la configuración de este numeral se requiere que el tercero discriminado sufra una desventaja como consecuencia del acuerdo entre las partes, sin importar que las consecuencias originadas por este último hayan sido previstas.

²⁵ Para un mayor análisis del mismo consúltese VELANDIA (2008).

B) *Abuso de la posición de dominio*

Para la configuración de este escenario se requiere un sujeto calificado específico²⁶, que se encuentre en una posición de dominio del mercado relevante (MIRANDA, 1997).

Entendiendo como posición de dominio²⁷: cuando un agente económico²⁸ actúa de manera independiente de sus competidores y consumidores; cuando una persona puede abstraerse de la competencia, influyendo de manera efectiva el mercado, es decir, que actúa sin tener en cuenta a otros agentes económicos.

En palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea:

“[...] el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de que se trate, suministrándole la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable con respecto a sus competidores, sus clientes, y finalmente, los consumidores” (United Brands Company vs. United Brands Continental, Comisión Comunidad Económica, 1978).

A su turno, la Superintendencia de Industria y Comercio conceptúa:

“Se concluye, que existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su

²⁶ Dice MIRANDA (1997) que actualmente a raíz de la Ley Sherman, en Estados Unidos se mira el mercado relevante y la elasticidad cruzada para determinar si la conducta es abusiva, y ya no se persigue el monopolio en sí mismo, como antes que era repudiado por el solo hecho de ser, si tal monopolio no se hubiese conseguido gracias a su propia pericia.

²⁷ Debe entenderse que la posición de dominio no se encuentra castigada; por el contrario, es el premio otorgado por el mercado debido a su eficiencia.

²⁸ La Comunidad Andina habla de una o varias empresas (MÁRQUEZ, 2007).

mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva o le permite actuar en el mercado con independencia del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, sin que lo anterior implique necesariamente que exista un único producto o vendedor, siendo importante reiterar que, la ley sanciona el que se ostente esta posición sino que se abuse de la misma” (concepto 021133942 de 2003).

Es decir, que la posición de dominio debe ser unilateral (diferencia con la Comunidad Andina), perdurable en el tiempo y con la potencialidad de modificar sustancialmente el mercado²⁹.

Por esto, se le imponen unas limitaciones específicas a su voluntad para evitar un abuso de su posición, con miras a proteger a los competidores, los consumidores y el mercado donde se ostenta la posición de dominio.

En el derecho comparado, Estados Unidos por medio de su Ley Sherman estableció una normatividad en materia de abuso de posición dominante con miras a i) evitar que de manera ilegal (mediante prácticas restrictivas) se adquiriera una posición de dominio, y ii) que quien tenga una posición de dominio no mantenga tal posición usando conductas restrictivas³⁰.

El abuso de la posición de dominio es, pues, la obtención de una ganancia injustificada basada en la falta de competencia efectiva.

²⁹ En este sentido debe leerse el fallo del Tribunal de Cundinamarca respecto a los criterios de determinación de posición dominante (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Freddy Ibarra Martínez, 2007), y la res. 15653 de 2001.

³⁰ Aquí se nota una gran diferencia con nuestro ordenamiento, porque mientras en Estados Unidos también se enmarca el abuso de posición dominante, las herramientas para conseguir esta en Colombia solo se repudian las actuaciones de un agente con posición de dominio.

En este sentido, el artículo 50 del decreto 2153 de 1992 regula la materia, así:

“Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

”1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

”2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

”3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

”4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

”5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

”6. Adicionado por el art. 16 de la ley 590 de 2000. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización” (he resaltado en cursivas).

Del artículo anterior, se han resaltado algunos numerales relacionados con la determinación de los precios; a continuación se observan las situaciones que pueden configurarse:

- *Venta por debajo de los costos (precios predatorios)*. En esta situación el agente calificado fija sus precios en una suma inferior a la de sus costos, con el fin de eliminar la competencia o bloquear la entrada al mercado de un competidor. Así mismo, el consumidor a corto plazo obtiene unos réditos como consecuencia de los precios bajos, pero a largo y mediano plazo el consumidor asume las consecuencias de enfrentarse a un mercado con competencia imperfecta (mercado distorsionado)³¹.

- *Abuso por discriminación*. Es lo que ocurre cuando un agente en posición de dominio trata de manera diferente a los distribuidores o consumidores que se encuentran en condiciones similares.

Esta situación por su propia naturaleza se aparta del carácter *ex ante* general de nuestra normativa, ya que deben ser estudiados el sujeto discriminado y el beneficiado, con el fin de determinar su semejanza (MIRANDA, 1997).

- *Abuso por mercados subsidiados*. Ocurre cuando un agente con posición de dominio en un mercado, la utiliza para mejorar su posición de dominio en otro mercado relevante con el fin de poder trabajar a pérdida o ampliar su participación de mercado.

Según MIRANDA (1997), se apalanca una región con otra para sacar un competidor regional; en cambio, MÁRQUEZ (2007) establece que la prohibición se encamina a evitar el llevar al precio máximo que puede asumir cada región. Nos inclinamos por la primera atendiendo a los principios protegidos.

También puede presentarse un abuso de posición dominante respecto de la prohibición general consagrada en el artículo 1º de la ley 155 de 1959, pero, a diferencia con lo que ocurre con

³¹ Según MIRANDA (1997), los Estados Unidos requiere de un mercado susceptible de monopolización.

las prohibiciones del artículo 50, deberá probarse y acreditarse la afectación al mercado.

C) *Actos restrictivos de la competencia*

Los actos restrictivos son actuaciones de carácter unilateral por lo que no debe existir un acuerdo, no requieren de un sujeto particular y, en este sentido, pueden ser realizados por cualquier competidor del mercado sin que se requiera ostentar de una posición de dominio.

Se encuentran regulados en el artículo 48 del decreto 2153 de 1992 de la siguiente manera:

“*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:

”1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

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

”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*” (se destaca).

Así pues, los últimos numerales del artículo precedente se refieren al asunto objeto de estudio; se observa, por tanto, que:

- *Numeral 2 (influencia de precios)*³². La sola propuesta de cualquier persona, sin que se requiera de una posición de dominio³³, de incrementar los precios o que desista de una rebaja

³² Res. 20229 de 2001 y 8231 de 2001.

³³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Marta Álvarez del Castillo, 2003.

de estos, siempre y cuando tal propuesta sea mucho más que una mera sugerencia³⁴; es decir, que tenga la capacidad de afectar al tercero. Que la sola propuesta de un acuerdo de precios es reprochable, ya no como un acuerdo restrictivo sino como un acto restrictivo de la competencia, por lo que no requiere que el acto trascienda a la realidad (Consejo de Estado, sección primera, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2003).

- *Numeral 3 (negativa a la venta)*³⁵. Suele darse en relaciones de distribución, particularmente cuando el distribuidor incumple los parámetros fijados relativos al precio de reventa. En esta situación lo que se castiga no es la fijación del parámetro, sino la eliminación de un distribuidor como consecuencia del incumplimiento de las políticas de precios impuestas por el empresario (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Susana Buitrago Valencia, 2007)³⁶.

Por lo que debe probarse la relación directa entre el incumplimiento de la política y la negativa de venta y la concurrencia de los sujetos (res. 9727 de 2003).

9. EL PRECIO

Definición. El precio, entendiendo de antemano que se trata de un concepto primitivo simple y a la vez complejo, lo primero porque es una medida exacta, pero complejo porque en su fijación confluyen un sinnúmero de consideraciones y factores, entre los cuales podemos encontrar la naturaleza

³⁴ Como bien lo dijo el Tribunal, la simple sugerencia no es ilegal, pero al haber presión se deja a un lado la insinuación y se observa una clara influencia a modificar la política de precios (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Marta Álvarez del Castillo, 2002).

³⁵ VELANDIA, 2008.

³⁶ Res. 8310 de 2003 y 16200 de 2003.

del mercado, los factores económicos y políticos de ámbito nacional e internacional, la política económica del gobierno, la coyuntura económica, el nivel de renta provisional o nacional, la evolución de los artículos sustitutivos, la evolución y ampliación del mercado, entre otros³⁷.

Desde el punto de vista popular, se entiende el concepto del precio como el valor que se le da a los bienes y servicios o el valor de un producto expresado en términos monetarios; no obstante, un concepto económico simple del precio sería que es la medida cuantitativa de un producto, constituyendo, por tanto, un regulador básico del sistema económico. Algunos consideran que el precio no es solo dinero e incluso no es el valor propiamente dicho de un producto tangible o servicio (intangibles), sino que también es un conjunto de percepciones y voluntades a cambios de ciertos beneficios reales o percibidos como tales, el trueque es el método por excelencia utilizado para adquirir un producto, pero entendiendo el trueque incluso como el intercambio de un producto por dinero. En casi todas las definiciones del precio se incluye el concepto de valor. No obstante, debe entenderse claramente la diferencia entre estos dos conceptos, toda vez que desde la perspectiva del cliente, el precio de un producto o servicio se relaciona de manera directa con su “valor”; es decir, con su capacidad de brindarle un beneficio, resolverle un problema, satisfacerle una necesidad o cumplirle un deseo, pero para el vendedor, en términos económicos, significa una herramienta para convertir sus ventas en ingresos.

Por otro lado, en derecho se entiende que el precio es la contraprestación monetaria en una serie de contratos, como

³⁷ Disponible en GABRIEL OLAMENDI: www.estoesmarketing.com, consultado el 28 de julio de 2010.

en el contrato de compraventa, convirtiéndose en una parte esencial de tal acto, hasta el punto de que si en lugar de un precio monetario se intercambiase otro tipo de bien, variaría la naturaleza jurídica del contrato y este dejaría de ser una compraventa para ser una permuta.

Así las cosas, puede entenderse de manera simple y concreta que el precio es la cantidad de dinero que se requiere para adquirir un producto y que irrefutablemente este es de vital importancia para el desarrollo económico y social de una comunidad; pues es el que determina qué bienes y servicios se producirán y quiénes obtendrán los bienes y servicios que se producen. Por un lado, para el productor el precio afecta su posición competitiva, su rentabilidad y su nivel de participación en el mercado, y por otro, para el consumidor el precio determina su posibilidad de compra y es un indicador de calidad, aunque en honor a la verdad, en algunos casos esta relación no sea congruente.

A) *Importancia*

El precio es como un regulador para el sistema económico, ya que este tiene una influencia directa en los factores de producción (tierra, capital y trabajo), formando un círculo “vicioso” que se repite constantemente, y así genera cambios en el sistema social; por ejemplo: al aumentar el nivel de los salarios se genera un aumento del trabajo, lo cual crea un aumento de los intereses lo que atrae al capital, el cual a su vez generará un nuevo aumento del salario y así sucesivamente.

El precio permite de igual forma asignar los recursos, es decir, que permitirá determinar qué se va a producir (oferta) y quién lo comprará (demanda). Las variaciones de los precios repercuten en el sistema económico al grado de generar crisis económicas de ser un cambio negativo para la sociedad; por

tanto, en principio la oferta debe buscar siempre establecer un nivel de precios que sea socialmente aceptable, so pena de provocar una intervención gubernamental³⁸.

Como consecuencia de su impacto socioeconómico, la fijación del precio ha sido a lo largo de la historia objeto de análisis y estudio, y aunque pretender establecer un mismo precio para todos los compradores es una idea relativamente moderna que surgió con el desarrollo de las ventas al detalle a gran escala al final del siglo XIX, así como la llamada “política estricta de un solo precio”, ahora todo parece indicar que esta tendencia se ha revertido y el mundo está nuevamente explorando los caminos de la negociación, por medio de la libre competencia y los productores y comerciantes se valen de diferentes métodos para fijar los precios, entre ellos: el precio de costo, la política comercial de la empresa, el tipo de producto, la influencia de la competencia, incluso, el maquillaje de los precios. Es por eso por lo que algunos Estados de manera intervencionista, adoptan diferentes marcos legales que les permitan ejecutar mecanismos de control y supervisión a la fijación de precios por parte de los particulares, con el fin de proteger al consumidor y su economía, pretendiendo garantizar una sana competencia.

B) *Historia*

Desde una perspectiva histórica, la fijación de precios como práctica de la competencia ha pasado por varias fases frente a la competencia en la vida económica. Podríamos decir que en una primera fase la reglamentación del mercado era tan extensa y minuciosa que difícilmente podía hablarse de actividades o mercados competitivos, pues durante la Edad Media y parte de

³⁸ http://www.angelfire.com/planet/grupo_4/EL_PRECIO_archivos/page0002.htm.

la Edad Moderna, el dirigismo estatal y el monopolio, estatal o privado, caracterizaron la actividad económica.

Como consecuencia de lo anterior, los mercados libres no existían y, para ejercer una industria o comercio, era necesario estar matriculado en las Corporaciones de Artes y Oficios a las que el municipio o el Estado otorgaban privilegios especiales para acceder al mercado; de esta manera, el Estado regulaba la competencia, pero no para protegerla sino más bien para limitarla o controlarla³⁹.

La existencia y expansión de los monopolios, sin embargo, no fue pacífica, los abusos en los precios, ignorados por la autoridad, fueron minando la tolerancia. Una primera manifestación jurídica de la repulsa hacia los monopolios se presentó en Francia en el reinado de Jaime I, en el denominado Estatuto de los Monopolios de 1623. Finalizando el siglo XVIII, la Revolución Francesa liberalizó la economía del Antiguo Régimen, comenzando en alguna forma los problemas sobre competencia, pero en todo caso esta liberalización se debió más a problemas políticos que económicos.

De esta forma, la libertad para desarrollar o emprender actividades económicas pasó a figurar en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789. Así mismo, una ley del 2 de marzo de 1791 estableció la libertad para emprender actividades económicas y ejercer cualquier profesión, arte u oficio; finalmente, la conocida Ley de Le Chapelier, de junio de 1791, terminó de raíz con las corporaciones. El advenimiento de la Revolución Industrial requería necesariamente otra revolución, ahora en el ámbito jurídico, pues el derecho era incapaz, hasta esos

³⁹ Dr. D. Rogelio Fernández Delgado, *El desarrollo del pensamiento económico. Historia del pensamiento económico desde los tiempos bíblicos hasta nuestros días*, Barcelona, Edit. Omega, 1990, págs. 72-73.

entonces, de comprender en sus disposiciones una serie de fenómenos económicos.

La libertad de comercio tuvo consecuencias inesperadas, una vez suprimidas las disposiciones corporativas provenientes de la Edad Media; los diversos agentes económicos se valieron de todas las armas imaginables para obtener la finalidad perseguida: la maximización de sus utilidades. Se habían eliminado los gremios y los controles administrativos que impedían el surgimiento de mercados competitivos, pero se había dejado, así mismo, el camino despejado para el fortalecimiento de los monopolios privados (tan o más dañinos que los estatales) y para la materialización de prácticas o acuerdos de precios restrictivos de la competencia. A finales del siglo XIX, la situación, desde la perspectiva de la competencia, era insostenible; la libertad de iniciativa, obtenida un siglo antes, parecía perdida y se levantan las voces requiriendo la intervención estatal para reencauzar el proceso⁴⁰.

Este es el punto cronológico en el derecho que ha tenido una participación fundamental en materia de competencia, y en esta última época se ubican las leyes especiales que van surgiendo para reprimir las prácticas restrictivas. La primera nación en reaccionar en este sentido fue Estados Unidos de Norteamérica, convirtiéndose en el país pionero del Derecho de la Competencia; sin embargo, algunos afirman que si bien el moderno Derecho de la Competencia proviene de América del Norte⁴¹, es probable que las razones de por qué el Derecho de la Competencia se desarrolla tan rápidamente en los Estados Unidos, se debe buscar en su economía y en la idiosincrasia

⁴⁰ J. K. GALBRAITH, *Historia de la economía*, Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2009.

⁴¹ MANUEL PESQUEIRA BANDERAS, "El derecho frente a la libre competencia", *Revista Temas de Derecho*, año XVIII, Facultad de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, Chile, 2003, págs. 123-169.

de su pueblo. Desde luego, el sistema económico norteamericano descansaba en la libertad de emprender, por ello nunca existieron en Estados Unidos las corporaciones gremiales al estilo de las conocidas en Europa.

C) Fijación del precio

a) *Definición.* En primer lugar, la fijación del precio podría entenderse como el procedimiento mecánico para establecer precios sobre una base regular, utilizando un método que estructura el cálculo del precio real de un producto, sea bien o servicio⁴², o como la evaluación de las diferentes características por los clientes y por precios de los competidores⁴³.

Desde el punto de vista económico, existen errores muy comunes al momento de la fijación de los precios; uno de ellos es cuando la fijación está demasiado orientada a los costos, otro cuando los precios no se modifican con la frecuencia suficiente para aprovechar los cambios del mercado. Así mismo, cuando el precio se fija con independencia del resto de la mezcla de *marketing* y no como un elemento intrínseco de la estrategia de posicionamiento en el mercado y también cuando el precio no es lo bastante variado para los diferentes artículos, segmentos de mercado y ocasiones de compra.

Desde la perspectiva gubernamental, se considera que la determinación del precio es la actividad clave dentro del sistema capitalista de la libre empresa, pues el precio de mercado de un producto influye en salarios, rentas, interés y utilidades.

El modelo perfectamente competitivo de fijación de precios, parte de un supuesto fundamental, todos los productores y consumidores actúan como tomadores de precios; es decir, se comportan como si las funciones de oferta y demanda fueran

⁴² FRED DAVID, *op. cit.*

⁴³ www.sappiens.com/castellano/glosario.nsf.

infinitamente elásticas para los precios de mercado vigentes, pero tal supuesto no es del todo realista cuando existen pocos agentes en una u otra parte de los agentes que componen el mercado, dado que tales agentes a menudo poseen cierto poder sobre el mercado.

El ejemplo más simple de este tipo de poder se observa cuando existe un único vendedor de un bien, pues el monopolista puede reconocer un incremento en su precio por arriba de los niveles competitivos y puede producir en cualquier punto de la curva de demanda del mercado; de hecho, se tiene un efecto similar cuando hay más de un agente, pero no demasiados en un lado del mercado, o cuando se encuentra concentrado en unos pocos, presentándose un oligopolio.

D) *Métodos*

Desde el punto de vista del *marketing*, la fijación del precio está sometida a diferentes factores externos condicionantes, como la naturaleza del mercado, los factores económicos y políticos de ámbito internacional, la política económica del gobierno, la coyuntura económica, el nivel de rentabilidad, la evolución de los artículos, etc., lo cual genera la existencia de un universo de métodos para fijar los precios según las prioridades políticas del productor y comerciante.

Es así como el *marketing* ha desarrollado una gran variedad de estrategias para fijar los precios, algunas de ellas tienen como base los siguientes ítems:

- El precio de costo.
- La política comercial de la empresa.
- El tipo de producto:
 - De venta continua
 - Temporada

- En exclusiva
- De primer precio
- De imagen
- La influencia de la competencia.
- El maquillaje de precios.

No obstante, para esta investigación no es relevante profundizar en los conceptos bases de la economía y el mercadeo en la fijación del precio, lo relevante es profundizar en aquellas prácticas sancionables dentro de ese universo de métodos utilizados por el *marketing*. Por ello, a continuación se desarrollarán algunos conceptos o métodos de fijación de precios, necesarios para la continuación de este estudio.

Métodos de fijación de precios:

- Fijación deliberada de precios o acuerdo de precios: da a entender un convenio entre “competidores”, en contraste con la situación idealizada de la competencia perfecta en la que el precio es el resultado automático de un proceso impersonal.

- Fijación predatoria de precios o de exterminio: se refiere a la acción de una empresa para establecer un precio por debajo de su punto de cierre para hacer salir del mercado a un competidor.

- Fijación múltiple de precios: consiste en fijar precios altos para las primeras unidades adquiridas y precios inferiores cuando la cantidad demandada sea mayor.

- Fijación de precios por penetración: se trata de iniciarse en el mercado con precios bajos y luego subir los precios.

- Fijación de precios por estatus: consiste en igualar el precio al de la competencia; algunos comentaristas aseguran que es una estrategia segura para sobrevivir a largo plazo⁴⁴.

⁴⁴ CHARLES W. LAMB, *Fundamentos de marketing*, España, Editorial Thomson, 2006, pág. 624.

- Fijación de precios al máximo: es la estrategia de aumentar los precios en la temporada alta, en donde el producto cuenta con mucha demanda⁴⁵.

- Fijación de precios basados en el valor: es una estrategia que ha surgido del proceso de calidad, en lugar de calcular precios basados en costos o precios de los competidores; empieza con el cliente, considera la competencia y luego determina el precio apropiado. Lo importante es que al consumidor le parezca un buen precio a comparación de la competencia⁴⁶.

Dentro de las definiciones descritas anteriormente, se encuentran aquellas que son consideradas como una práctica competitiva sancionable, las cuales serán objeto de estudio más adelante. Sin embargo, para iniciar se puede decir que, en general, todos los esfuerzos estatales para proteger la libre competencia apuntan a tres situaciones:

- Acuerdos anticompetitivos: donde dos o más empresas acuerdan entre sí fijar precios, limitar la producción, dividir los mercados geográficamente o acordar ofertas cuando se presentan a licitaciones para contratos con el gobierno.

- Abusos de posición dominante o conducta exclusoria: donde una empresa es tan poderosa que puede actuar sin pensar en sus rivales o puede actuar para excluir a sus rivales. Los abusos de posición dominante o conducta exclusoria pueden incluir la fijación predatoria de precios (precios que estén por debajo del costo para expulsar a los competidores fuera de un mercado y luego subir nuevamente los precios una vez que el rival desaparece), bloquear las redes de distribución (no permitir a los distribuidores trabajar con productos de los competidores) para excluir a los competidores del mercado, y negarle

⁴⁵ Disponible en <http://www.eumed.net/cursecon/dic/micro/monopol.htm>, consultado el 5 de enero de 2011.

⁴⁶ CHARLES W. LAMB, *op. cit.*, pág. 630.

a los competidores acceso a facilidades esenciales (impedir que una empresa naviera descargue mercadería en un muelle).

- Regulación para el control de fusiones: donde se estudia a las empresas que desean fusionarse para asegurar que su acuerdo no tenga probabilidades de reducir la competencia de manera significativa. La regulación para el control de fusiones está orientada a asegurar que las fusiones no lleven a demasiada concentración de mercado que pudiera resultar en conductas de abuso de poder. Este tipo de legislación es inusual en el sentido de que es preventiva (los economistas dirían *ex ante*): una autoridad puede bloquear una fusión antes de que esta se produzca. El control de los acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante es reactivo (*ex post*) en el sentido de que los hechos ya han ocurrido.

E) Marco legal

a) *Internacional*. En materia de competencia y fijación de precios, se podría decir que el marco de acción está delimitado por lo dispuesto por la política de competencia en la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Hoy día, la política de competencia en la Organización Mundial del Comercio (OMC), único organismo internacional (integrado por más de 130 miembros, que representan más del 90 por ciento del comercio mundial⁴⁷) que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países, teniendo como principal propósito asegurar que las corrientes comerciales circulen con la máxima facilidad, previsibilidad y libertad

⁴⁷ www.monografias.com/trabajos7/omc/omc.shtml.

posible, dispone de algunos acuerdos específicos tales como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el cual se refiere al tema de monopolios y proveedores exclusivos de servicios, desarrolla un anexo especial para el tema de telecomunicaciones, diseñado para eliminar o menguar una barrera de entrada al mercado de las telecomunicaciones. También existe el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el cual contiene una norma sobre control de prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales de derechos de propiedad intelectual. Por último, existe el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés).

En segundo lugar, la competencia en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) recoge las tendencias y preocupaciones predominantes en el mundo en materia de comercio y desarrollo, para nutrir el llamado: “Conjunto de principios y normas sobre competencia de las Naciones Unidas”, que viene a ser algo como “Ley Tipo de Defensa de la Competencia”. Estos documentos reconocen el principio según el cual la política de competencia en cada país debe estar de acuerdo con el nivel de desarrollo en que se encuentra, además de reconocer que una sana política de competencia contribuye a asegurar el cumplimiento de los acuerdos de integración económica.

Por otro lado, la política de competencia en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha emitido recomendaciones en materia de políticas de competencia, las cuales tienen como destinatarios a sus países miembros. En términos generales, las recomendaciones consisten en impulsar acciones contra las prácticas restrictivas de la competencia que afecten el comercio internacional, estableciendo mecanismos de cooperación entre los diferentes países. La única conduc-

ta puntual sobre la que se recomienda una prohibición para cada país, son los carteles intrínsecamente nocivos, es decir, los acuerdos horizontales de fijación de precios o repartición geográfica de mercados.

Por último, la política de competencia del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), busca garantizar que los beneficios del proceso de liberación no sean menoscabados por prácticas empresariales nocivas, por lo cual define unas conductas anticompetitivas con impacto transfronterizo, así como unas políticas y prácticas regulatorias, monopolios estatales y privados, mecanismos de cooperación y solución de controversias.

b) *Política de competencia en los principales acuerdos regionales.* Existen diferentes directrices o lineamientos generales para la variedad de acuerdos internacionales suscritos; los más relevantes son los siguientes:

1. Acuerdos con alcance limitado

Dentro de los acuerdos regionales cuyas disposiciones sobre políticas de competencia tienen un alcance limitado, se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (en inglés NAFTA), el Tratado de Oliver, comercio celebrado entre Canadá y Chile, y el G-3, del que son miembros Colombia, Venezuela y México.

Estos acuerdos establecen unos lineamientos generales, que se refieren principalmente al tema de empresas del Estado y monopolios designados. Los temas restantes en materia de política de competencia quedan del resorte exclusivo de cada país.

2. Acuerdos intermedios

Un segundo grupo de disposiciones sobre políticas de competencia, contenidas en acuerdos regionales, está integrado por aquellos que establecen obligaciones mínimas que debe observar cada país al momento de establecer su normativa en

materia de competencia. A esta categoría pertenecen los tratados como el celebrado entre Canadá y Costa Rica.

Estos compromisos mínimos suelen incluir la obligación de tener legislación y autoridad de competencia, así como algún tipo de mecanismo de cooperación internacional efectiva. Este es el mismo esquema del capítulo en materia de políticas de competencia del ALCA.

3. Acuerdos con alcance supranacional

Tratados como Mercosur, Caricom y la Comunidad Andina de Naciones (CAN), cuentan con disposiciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia, que tienen alcance supranacional; es decir, las normas sustantivas se aplican en toda la región. Y existe una autoridad supranacional encargada de hacerlas cumplir. Estos sistemas, análogos al de la Unión Europea (aunque menos elaborados), representan un nivel de integración en aplicación de las políticas de competencia⁴⁸.

4. Acuerdos de cooperación en materia de política de competencia

En la medida que los temas que se relacionan con políticas de competencia continúan regulados, como regla general, por las legislaciones estatales o subregionales, los mecanismos de cooperación resultan ser una herramienta indispensable para reprimir las prácticas anticompetitivas transfronterizas.

En la actualidad, existen acuerdos de cooperación de diversos tipos entre autoridades de competencia; los más representativos son los siguientes:

⁴⁸ JAVIER ANDRÉS FRANCO ZARATE, *Proyecto de investigación y apoyo del equipo negociador de Colombia en el ALCA y la OMC*, Bogotá, Universidad de los Andes, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, CIJUS, Facultad de Derecho.

- Estados Unidos de América-Unión Europea (1991 y 1998)
- Estados Unidos-Canadá (1995)
- Canadá-Unión Europea (1999)
- Estados Unidos de América-Brasil (1999)
- México-Unión Europea (2000)
- Estados Unidos de América-México (2000)
- Canadá-Chile (2001)

El mecanismo de cooperación internacional más efectivo existente hasta ahora es el denominado “Cortesía Positiva”, o *Positive Comity*. El mecanismo se pactó entre los Estados Unidos y la Unión Europea, y consiste en que un Estado, cuyos nacionales se ven afectados por prácticas anticompetitivas ocurridas en el territorio de un segundo Estado, tiene derecho a solicitar a la autoridad de competencia de este último su intervención para reprimir los comportamientos nocivos.

El mecanismo es voluntario, y opera cuando el comportamiento resulta violatorio a la luz de la ley del país en cuyo territorio ocurre, e independientemente de que sea o no sea lícito según la legislación del país requirente.

Nivel 1. NAFTA y G-3: monopolios y empresas del Estado.

Nivel 2. Canadá/Costa Rica y ALCA: compromisos mínimos.

Nivel 3. Mercosur, Caricom, CAN, UE: norma sustantiva aplicada a la subregión por una autoridad supranacional.

F) *Colombia*

a) *Régimen general de libertad de precios*. De acuerdo con lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política colombiana, la libre competencia es un derecho colectivo; así mismo, el artículo 333, *ibidem*, establece que en Colombia

hay libertad de precios, pues tal norma expresa que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para ello, el Estado por mandato legal impedirá que se obstruyan o restrinjan y evitará cualquier abuso de personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. En consecuencia, en Colombia, por regla general, los distribuidores o expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetar el precio al consenso de otras voluntades, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda⁴⁹.

Por su parte, en el artículo 334 de la Constitución Política se establece que el Estado intervendrá en la economía, por mandato legal; en este sentido, en ejercicio de las facultades constitucionales anotadas, el Estado podrá intervenir en la política de precios. Dado que existen productos y servicios que tienen un impacto social importante dentro de la comunidad, las disposiciones jurídicas previeron que, de manera excepcional, el legislador pudiera limitar la competencia que naturalmente existiría respecto de los mismos, bien sea creando monopolios como arbitrio rentístico de la nación, sometiendo el ejercicio de una actividad o la comercialización de un producto a la obtención de una licencia o autorización previa, o bien mediante la fijación por parte del Estado de algunos de los factores de competencia, como por ejemplo mediante la regulación de tarifas o el establecimiento de precios de compra o de venta. Claro que “estas limitaciones a la competencia son excepcionales, pues en un sistema de libre competencia como el nuestro, la libertad de empresa y de competencia beneficia a la colectivi-

⁴⁹ Concepto 03010950 del 28 de febrero de 2003, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

dad, al permitir que los consumidores accedan a una variedad de productos, con diferentes precios y calidades”⁵⁰.

En desarrollo de lo anterior, en el artículo 61 de la ley 81 de 1988, se consagra que el establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, corresponde a las entidades gubernamentales que allí se enumeran, tales como las siguientes:

”a) Al Ministerio de Agricultura, para los productos del sector agropecuario;

”b) Al Ministerio de Minas y Energía, para el petróleo y sus derivados, carbón, gas a distribuidores y demás productos mineros;

”c) Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, las tarifas del transporte terrestre, urbano y suburbano, de pasajeros y mixto, cuando sea subsidiado por el Estado, las de transporte terrestre intermunicipal e interdepartamental y las del fluvial;

”d) Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las tarifas del transporte aéreo nacional;

”e) A la Corporación Nacional de Turismo, para los servicios hoteleros, restaurantes, bares y negocios similares;

”f) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, gas a usuarios finales, alcantarillado, aseo, servicio telefónico local y larga distancia tanto nacional como internacional, telégrafos, télex, fax, transmisión de datos y correo urbano, interurbano, nacional e internacional y electrónico;

”g) Al Ministerio de Desarrollo Económico, para los espectáculos públicos, los productos de la industria manufacturera

⁵⁰ JAIRO RUBIO ESCOBAR, “La competencia económica y los precios”, disponible en http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/Derecho_competencia.pdf, consultado en Mayo de 2013.

y los servicios de carácter comercial que no estén expresamente señalados en los literales precedentes”⁵¹.

Conforme a lo señalado, es claro que las autoridades que tienen la facultad de fijar precios son aquellas del orden nacional, determinadas en el artículo 61 de la ley 81 de 1988, pudiendo las del orden municipal variar tales precios exclusivamente en el evento señalado.

b) *Régimen de competencia*. Se entiende por mercados competitivos, aquellos en los cuales funcionan numerosas empresas que tienen la capacidad de fijar precios, limitada en el sentido de que si cobran por encima del precio del mercado, perderán sus clientes. Así mismo, cuando existe amplia disponibilidad de información para productores y consumidores, tanto la entrada como la salida resultan relativamente fáciles para los actores en el mercado; las externalidades son limitadas; la infraestructura es adecuada; los contratos se cumplen y los derechos de propiedad están protegidos. Cuando se aplican estas características, los economistas infieren que el mercado funciona bien como institución y permite que los recursos sean eficientemente empleados y se maximice el bienestar común.

En la búsqueda del escenario antes descrito, la legislación colombiana, por medio de la ley 155 de 1959, dictó algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, y en su artículo 1º, el cual fue modificado por el artículo 1º del decreto 3307 de 1963, prohíbe la siguiente práctica.

“[...] los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a li-

⁵¹ Ley 81 de 1988, art. 61.

mitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”⁵².

Con estas prohibiciones, el legislador colombiano “se orienta a reprimir las limitaciones a la competencia. Tutela la prevalencia de esta en el mercado, como columna vertebral de la economía de mercado”⁵³. En términos más sencillos, el legislador posiciona claramente a la libre competencia como bandera de la iniciativa privada para que el desempeño de los distintos participantes se realice libre de trabas.

En concordancia con lo expuesto, el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 establece:

“[...] en los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados”⁵⁴.

De igual manera, el artículo 47 numeral 1 del mismo decreto, considera como acuerdos contrarios a la libre competencia aquellos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Por otra parte, el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, señala, además, como acto contrario a la libre competencia aquellos tendientes a

“[...] influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”⁵⁵.

Es necesario tener en cuenta que el artículo 235 del decreto 1122 de 1999, derogó el inciso 2º del artículo 18 del decreto

⁵² Ley 155 de 1959, art. 1º.

⁵³ GÓMEZ LEYVA, *Tratado de defensa de la libre competencia*, Lima, Pontificia Universidad del Perú, 2002, pág. 104.

⁵⁴ Decr. 2153 de 1992, art. 46.

⁵⁵ Decr. 2153 de 1992, art. 48.

3466 de 1982, que permitía a los productores fijar voluntariamente los precios máximos al público.

Todo sistema de libre comercio debe caracterizarse por la libre competencia, buscando siempre que los precios sean fijados de conformidad con la oferta y la demanda; así lo explica la doctrina al señalar que “[...] cuando la propiedad privada y la libertad de intercambio están presentes, los precios del mercado registran las elecciones literalmente de millones de consumidores, productores y proveedores de recursos, y las ponen en armonía. Los precios reflejan información acerca del consumidor, costos y asuntos relacionados con oportunidad del momento, localización y circunstancias, que está mucho más allá de la comprensión de cualquier individuo o autoridad de planeación central. Este único dato sumario —el precio del mercado— proporciona a los productores todo lo que ellos necesitan saber para poner en armonía sus acciones con las acciones y preferencias de los demás. El precio del mercado dirige y motiva a productores y proveedores de recursos, para que ofrezcan esas cosas que los demás valoran altamente en relación con los costos de las mismas”⁵⁶.

c) *Fijación pública de precios máximos*. La libertad de precios debe desarrollarse dentro de algunos parámetros y límites, pues la defensa de la libre competencia no implica que el Estado haya dejado de lado su obligación de procurar el bien común y evitar cualquier abuso que personas o empresas puedan hacer de su posición dominante en el mercado. Es por eso por lo que por medio del llamado “Estatuto del Consumidor” —decr. 3466 de 1982—, el legislador colombiano dictó normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas,

⁵⁶ JAMES D. GWARTNEY y RICHARD STROUP, *Lo que todos deben saber sobre economía y prosperidad*, Estados Unidos, 1998, Editorial South-Western.

las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores; y en el artículo 18 de la norma citada señala:

“[...] 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 esta, según sus posibilidades o conveniencia el sistema de fijación en listas o el de fijación en los bienes mismos”⁵⁷.

“En virtud de lo anterior, tenemos entonces que son los proveedores o expendedores quienes tienen la obligación legal de fijar los precios máximos al público, no así los productores, quienes pueden hacerlo voluntariamente o en obediencia a lo previsto por autoridad competente, caso en el cual se exonera al expendedor del cumplimiento de dicha obligación; es decir, que habiendo fijado el productor un precio máximo para el producto, no tendría el proveedor o expendedor que dar cumplimiento a la obligación para él establecida en el artículo 18 citado. Ahora bien, *fijar* un precio implica establecerlo de manera clara y obligatoria, es decir, que permita al consumidor tener certeza sobre cuál es el valor que debe pagar por el bien que va a adquirir. Por tanto, *el precio sugerido al público* indicado por el productor, no puede entenderse como la fijación del precio máximo al público, ya que una sugerencia lo que implica es una recomendación, en este caso, para el proveedor o expendedor para que adopte como precio máximo el precio sugerido. Así, el precio sugerido no exonera al proveedor o expendedor de fijar un precio máximo pero puede ser acogido por este como tal”⁵⁸.

⁵⁷ Decr. 3466 de 1982, art. 18.

⁵⁸ Concepto 05082814 del 31 de octubre de 2005, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

Además, los artículos 19 y 20 del decreto 3466 de 1982 definieron los sistemas de fijación de precios en los bienes mismos y en listas, exigiendo en el artículo 14 del mismo decreto, que

“[...] toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente”⁵⁹.

Por tanto, prohíbe las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Es importante aclarar que el término “fijación” en este particular, no hace referencia al proceso de determinar el precio, sino al hecho de publicarlo, de hacerlo conocer a los clientes por medios previamente determinados por el legislador.

Como desarrollo legislativo, el decreto 1485 de 1996 reglamentó lo relacionado con la fijación pública de precios, pues aun cuando de manera general existe libertad de precios, todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes y servicios, según la reglamentación de la autoridad competente o a falta de esta, según sus posibilidades o conveniencias, en los bienes mismos, o en góndolas, anaqueles o estantes, estando obligados los consumidores a pagar el precio indicado bajo alguno de estos sistemas⁶⁰, y a renglón seguido, el numeral 2.3.1 aclara lo siguiente:

“En cualquier sistema de información sobre precios dirigida a los consumidores, se deberá indicar el precio total del

⁵⁹ Decr. 3466 de 1982, art. 14.

⁶⁰ Circular Única 10 de 2001, t. II, cap. II, num. 2.3.1, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

producto, el cual incluirá cualquier cargo adicional o impuesto a que hubiere lugar, sin perjuicio de su discriminación en las facturas conforme a las disposiciones tributarias”.

En concordancia con lo anterior, “[...] cualquiera que sea el sistema de fijación de precios que el proveedor o expendedor adopte, ya sea por determinación de la autoridad competente o de acuerdo con sus posibilidades o conveniencia, el precio indicado debe siempre corresponder al precio total del producto, el cual constituye el precio máximo que se puede cobrar al público en cualquier circunstancia y, por lo tanto, debe tener incluidos todos los cargos adicionales que se causen, como sería por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito. En tal virtud, una vez divulgado el precio máximo, el empresario no puede establecer recargos sobre ese precio máximo indicado al público”⁶¹.

Además, en caso de que se señalen dos o más precios, el consumidor solo está obligado a pagar el más bajo, de acuerdo con el artículo 21 del decreto 3466 de 1982. En este orden de ideas, “[...] bajo cualquiera de los sistemas legalmente contemplados para la fijación del precio máximo al público, el precio que se anuncie al público deberá incluir cualquier cargo adicional o impuesto al que hubiere lugar, de tal manera que, si un cargo adicional no ha sido incluido en el precio que se ha informado al consumidor, este no puede ser cobrado y el consumidor no estará en obligación de pagarlo”⁶².

Por otro lado, el decreto 3466 de 1982 en su artículo 33, estableció las sanciones aplicables a los proveedores o expendedores, en caso de incumplimiento de las normas sobre fijación pública.

⁶¹ Concepto 060102308 del 5 de diciembre de 2006, pág. 1, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

⁶² *Ibidem*, pág. 2, *idem*.

Es oportuno señalar que el exrepresentante a la Cámara por Bogotá, Simón Gaviria, es el autor de un proyecto de ley en virtud de la cual se actualiza el decreto 3466 de 1982 (Estatuto de Protección al Consumidor). El proyecto de ley 082 de 2008, Senado, “por medio del cual se actualiza el Estatuto 3466 de 1982, y se dictan otras disposiciones”, busca adecuar el Estatuto a la nueva organización económica. Pues dentro de sus motivaciones asegura que luego de transcurridos 25 años desde la expedición del decreto 3466 de 1982 y una vez puestas en práctica sus disposiciones, se torna evidente la necesidad de adecuar su contenido a las nuevas realidades a las que se enfrenta el consumidor; más aún, teniendo en cuenta que el decreto 3466 de 1982 fue expedido por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias establecidas en la ley 73 de 1981 en respuesta a las necesidades de los consumidores de ese momento y que este fue concebido para una economía cerrada y bajo una concepción del Estado eminentemente proteccionista.

Dentro de las motivaciones del proyecto de ley, el autor expone que las acciones judiciales contempladas en el actual Estatuto del Consumidor son confusas y, en esa medida, inaplicables; además, que la definición del campo de aplicación de la ley es impreciso y carece de elementos de importancia como el concepto de destinatario final; la consagración de las garantías establecidas es confusa e imprecisa, toda vez que no se sabe si son discrecionales del productor, si son obligatorias únicamente cuando son impuestas por la administración o la ley, o si se entienden incorporadas en todos los casos; las funciones de las autoridades administrativas se limitan a la imposición de multas y órdenes de cesación de producción y comercialización de bienes y servicios y no permiten la adopción de decisiones que satisfagan las necesidades del consumidor.

d) *Supervisión, procedimiento y sanciones*. Tratándose de bienes sometidos al régimen de control, conforme al decreto 2876 de 1984⁶³, los alcaldes e inspectores de policía son competentes para adelantar las investigaciones por las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios. Es decir, que tienen la facultad de controlar y vigilar los precios de aquellos bienes o servicios sometidos al régimen de control cuyos máximos han sido determinados por las autoridades competentes del orden nacional, las cuales, se reitera, están señaladas en el artículo 61 de la ley 81 de 1988.

El decreto 2876 de 1984, artículo 18, determina que las infracciones contravencionales en materia de precios controlados como la especulación indebida, entre otras, de acuerdo con el artículo 19, *ibidem*, corresponde a los alcaldes y los inspectores de policía la facultad de imponer las sanciones señaladas en los artículos 15 a 17 del decreto 863 de 1988, las cuales corresponden a multas, previo cumplimiento del procedimiento descrito en los artículos 20 a 33 del decreto 2876 de 1984, existiendo la obligación de adelantar por escrito las investigaciones correspondientes.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del decreto 3466 de 1982, se le atribuye a la Superintendencia de Industria y Comercio y a las alcaldías la siguiente facultad:

“Imponer las sanciones administrativas previstas en el presente decreto [...] por falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial, o por incumplimiento de las normas sobre fija-

⁶³ Decr. 2876 de 1984, art. 12: “Competencia: Son competentes para investigar las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios: [...] 2. Los alcaldes municipales, el alcalde mayor del Distrito Especial de Bogotá, los alcaldes menores del Distrito, dentro de su jurisdicción. 3. Los inspectores de policía”.

ción pública de precios, de conformidad con el procedimiento igualmente contemplado en este decreto”.

Los alcaldes municipales tienen competencia para imponer sanciones administrativas por incumplimiento de las normas sobre fijación o indicación pública de precios. Dichas sanciones se encuentran previstas en el artículo 33 de la citada norma y pueden consistir, según se trate, en el cierre del establecimiento o en la imposición de multas. En caso de indicación de dos o más precios, o de tachaduras o enmendaduras respecto del precio indicado en el empaque, es procedente la imposición de multa; en caso de falta de fijación o indicación de precios, es procedente el cierre del establecimiento.

Me permito precisar que la obligación que establecen las normas descritas respecto a la fijación de precios se refiere a la indicación de precios máximos de los bienes o servicios, ya sea por medio de listas, en los bienes mismos o en góndolas, anaqueles o estantes. “En tal sentido, las facultades de control y vigilancia que tienen los alcaldes o los inspectores de policía en relación con la fijación o indicación de precios se restringe a la verificación de que efectivamente se cumpla con la obligación de indicar de manera pública los precios y en caso que no se verifique el cumplimiento de la misma, imponer las sanciones antes descritas previo el trámite correspondiente”⁶⁴.

Por su parte, el artículo 32 del mismo decreto, establece las sanciones administrativas relacionadas con la responsabilidad de los productores, proveedores y expendedores anunciantes en razón de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial.

En caso de incumplimiento comprobado de las normas relativas a la fijación pública de precios, los proveedores o expendedores estarán sujetos a las siguientes sanciones:

⁶⁴ Concepto 03010950 del 28 de febrero de 2003, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

“a) Multa hasta por diez veces el valor de un salario mínimo legal mensual vigente [...].

”b) Cierre del establecimiento en caso de falta de fijación pública de precios de los bienes o servicios allí ofrecidos al público hasta por el término de ocho (8) días calendario.

”c) En caso de reincidencia dentro del año siguiente a la fecha en que se haya impuesto la sanción de que se trata el literal a), el valor de la multa será igual a quince (15) veces el valor de un salario mínimo legal mensual vigente [...]; si la sanción que se hubiere impuesto fuere la considerada en la letra b), se ordenará el cierre del establecimiento por el término de un (1) mes.

”d) En el evento de una reincidencia dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se haya impuesto alguna de las sanciones de que se trata la letra c) precedente, se dispondrá el cierre definitivo del establecimiento y el proveedor o expendedor quedará inhabilitado para ejercer el comercio.

”Sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar, si se comprobare que el consumidor pagó un precio superior al señalado en la lista o en el producto mismo o en su envase, empaque o etiqueta, en la providencia que imponga la sanción se ordenará al proveedor o expendedor reintegrar las sumas pagadas en exceso y el pago de intereses moratorios por dichas sumas a la tasa vigente, a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia. Para estos efectos, la providencia presta mérito ejecutivo ante los jueces civiles”.

Las sanciones anteriormente transcritas también pueden ser aplicadas por las alcaldías municipales, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del decreto 3466 de 1982.

Además, el artículo 16 del Estatuto del Consumidor, refiriéndose a la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, señala que los productores serán

responsables frente a los consumidores en los términos de los artículos 31 y 32 del mismo decreto, cuando con la propaganda de que trata dicho artículo:

“[...] se induzca o pueda inducirse a error al consumidor respecto del precio, calidad o idoneidad del bien o servicio respectivo, lo cual se entenderá por el hecho de que, simultáneamente con el ofrecimiento de los incentivos y hasta seis (6) meses después del retiro del ofrecimiento de estos, se aumente el precio del bien o servicio, así como por el hecho de que por el incentivo o a la par con este, se afecte desfavorablemente la calidad o la idoneidad del bien o servicio. Para efectos de lo dispuesto en este artículo, en la propaganda se indicará la fecha exacta hasta la cual será válido el ofrecimiento de los incentivos”.

Con relación al régimen de competencia, mediante el trámite de un proceso abreviado, cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, así como determinadas autoridades y asociaciones, está legitimada para el ejercicio de las siguientes acciones:

1. *Acción declarativa y de condena*, para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y, en consecuencia, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante.

2. *Acción preventiva o de prohibición*, para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

Las anteriores acciones procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto

de competencia desleal. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, dichas acciones deben dirigirse contra el patrono.

Por último, la ley 256 de 1996 derogó expresamente el artículo 10 de la ley 155 de 1959 que consagraba el concepto de competencia desleal; los artículos 75 a 77 del decreto 410 de 1971 que hacían alusión a los hechos que constituyen competencia desleal, las acciones judiciales contra la competencia desleal y la prohibición de la propaganda comercial tendiente a establecer competencia desleal, y los artículos 975 y 976 del Código de Comercio que se referían a las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro.

Según el decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados, como también de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor a que se refiere este decreto, y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes.

De igual manera, tal Superintendencia tiene la facultad de imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas, el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

Con relación al procedimiento, el artículo 54 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio

deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación, teniendo en cuenta principios procesales básicos, como ordenar abrir una investigación, notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, practicar las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Después de instruida la investigación, se presentará al superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción y de dicho informe se correrá traslado al investigado, teniendo en cuenta el principio de contradicción. Durante el curso de la investigación, el superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

G) *Estados Unidos de Norteamérica*

El marco regulatorio americano consta de cuatro pilares, alrededor de los cuales se desarrolla toda la doctrina y jurisprudencia actual sobre fijación de precios, estos son:

- La Ley Sherman, 15 U.S.C. Secciones 1-7.
- La Ley Clayton, 15 U.S.C. Secciones 12-27.
- La Ley de la Comisión Federal de Comercio, 15 U.S.C. Secciones 41-51.
- Numerosos estatutos federales que rigen el trato antimonopólico de sectores particulares de la economía.

La Ley Sherman contempla lo siguiente:

“Todo contrato, [...] o pacto colusorio para restringir el libre comercio es ilegal”.

Esta ley es considerada la ley antimonopolio de Estados Unidos, aprobada en 1890 para reducir el comportamiento anticompetitivo; en su primera parte establece que es ilegal la fijación de precios y en su segunda sección declara ilegales los intentos de monopolizar.

Su objetivo principal fue preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio. La ley se fundamenta en la premisa de que “[...] la libre interacción de las fuerzas competitivas generará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo tiempo que produce un entorno que nos permita preservar nuestras instituciones políticas y sociales democráticas”⁶⁵. En la actualidad existe un sólido consenso en torno a que el fomento de la eficiencia económica y la maximización del bienestar del consumidor son los objetivos apropiados de la política antimonopolio de Estados Unidos.

Durante la historia de los esfuerzos antimonopólicos, ha persistido una fuerte presunción contra la idea de exceptuar sectores económicos de la aplicación de las leyes antimonopolio. Es por ello por lo que ningún sector se encuentra totalmente excluido de las leyes antimonopolio; sin embargo, con el transcurrir del tiempo, algunos sectores o tipos de comportamiento económicos han sido eximidos de las leyes antimonopolio, mediante autorización estatutaria explícita o decisiones judiciales basadas en una interpretación estatutaria.

Las leyes antimonopólicas de Estados Unidos se aplican sobre cualquier conducta comercial anticompetitiva que afecte tanto el comercio interno como el comercio internacional de Estados Unidos. Bajo la doctrina de los efectos, existe jurisdic-

⁶⁵ Corte Suprema, “Northern Pacific Railway Co. vs. United States”, 356 U.S. 1,4 (1958).

ción sobre el comercio de importación cuando existen efectos reales o intencionales sobre el mercado estadounidense; para el comercio de no importación, cuando existe un “efecto directo, significativo y razonablemente previsible” sobre el comercio e intercambio estadounidenses o sobre el comercio e intercambio de exportación estadounidenses.

Existen excepciones a la aplicación de las leyes antimonopolio para ciertas actividades en ciertos sectores. En muchos casos, un ente regulatorio especializado con responsabilidades en sectores específicos aplica normas de competencia análogas a las leyes antimonopólicas federales, y los organismos antimonopolio desempeñan un papel de asesoría y de defensa y apoyo de la competencia.

Los sectores que gozan de alguna exención o trato especial en la aplicación de las leyes antimonopolio incluyen: cooperativas agrícolas, cooperativas de pescadores, bancos y otras instituciones financieras, industrias de títulos-valores y bolsa de productos, seguros (hasta el grado en que el sector esté regulado por la ley estatal), prensa escrita, deportes profesionales, transportistas interestatales terrestres, ferroviarios y marítimos, transporte oceánico, fuerza laboral organizada y transporte aéreo. La tendencia clara es la de reducir estas excepciones, las cuales son interpretadas muy estrictamente por las cortes. El grueso del comercio estadounidense continúa sujeto a las disciplinas antimonopólicas.

Prácticas prohibidas y restringidas. En Estados Unidos todo contrato, combinación bajo la forma de monopolio o de otra índole, o confabulación que restrinja el comercio o el intercambio entre los diversos estados o con otros países, es considerado ilegal⁶⁶; igualmente, es contra la ley el monopolizar o intentar monopolizar, o combinarse o confabular con

⁶⁶ Ley Sherman, sec. 1.

otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o intercambio entre los diversos estados o con otras naciones⁶⁷; además, se prohíbe utilizar métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten el mismo⁶⁸.

La Ley Sherman, que ha sido interpretada en la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio (FTC), prohíbe los acuerdos o entendimientos, expresos o implícitos, entre dos o más personas o firmas que restrinjan irrazonablemente el comercio de cualquier producto o servicio. Para determinar si un acuerdo restringe irrazonablemente la competencia, las cortes han aplicado uno de dos métodos de análisis, dependiendo del tipo de acuerdo en cuestión.

Ciertos acuerdos (llamados “delitos *per se*”) son considerados tan inherentemente anticompetitivos, que siempre son ilegales, independientemente de la intención de las partes o el efecto real de los acuerdos sobre la competencia. Estos acuerdos incluyen acuerdos entre competidores para fijar los precios o los términos y condiciones de crédito y ventas, repartirse clientes o territorios, no negociar con determinada persona o personas (boicot de grupos) y, en ciertas circunstancias, vender un producto con la condición de que el comprador adquiriera otro producto distinto (“venta condicionada”). El mantenimiento de precios de reventa es también ilegal *per se*.

El delito de monopolización ilegal tiene dos elementos: posesión de poder de mercado en el mercado correspondiente y la adquisición voluntaria o mantenimiento de dicho poder, a diferencia del crecimiento o desarrollo como consecuencia de contar con un producto superior, tener buen juicio comercial o en razón de una circunstancia histórica. El poder de mercado consiste en la capacidad para controlar precios o excluir a

⁶⁷ *Ibidem*, sec. 2.

⁶⁸ Ley de la Comisión Federal de Comercio, sec. 5.

la competencia, y el porcentaje del mercado es el factor más importante para medir el poder de mercado; por lo general, si el porcentaje supera el 70 por ciento, se considera que es suficiente para determinar que hay poder de mercado. Por el contrario, un porcentaje menor del 40 por ciento de las acciones es generalmente considerado un valor insuficiente. Para el segundo elemento, las cortes exigen que se demuestre una conducta anticompetitiva o predatoria, esfuerzos para excluir rivales sobre una base que no sea la eficiencia. Como ejemplos de tales conductas cabe mencionar la asignación de precios inferiores a los costos, introducción de demandas improcedentes contra la competencia o la negación de acceso a un bien o servicio esencial.

El delito de intento de monopolización tiene tres elementos: intención específica de controlar los precios o destruir a la competencia, conducta predatoria o anticompetitiva dirigida hacia un objetivo ilegal y una “peligrosa probabilidad de éxito” en el logro de un monopolio en el mercado correspondiente.

Las prácticas potencialmente anticompetitivas que no corresponden a la categoría *per se* (compras exclusivas o contratos de suministro y otras limitaciones verticales no vinculadas a los precios, actividades de ventas cooperativas, etc.), son analizadas bajo una norma llamada “regla de la razón”, la cual estipula la conducción de un análisis profundo del efecto sobre la competencia en el mercado correspondiente. En el análisis de la regla de la razón, la intención y el efecto son medidos en relación con la justificación comercial de la actividad en cuestión para determinar su legalidad. Es de hacer notar que un análisis de regla de la razón no *exime* la conducta prohibida, sino que determina si una conducta que no es prohibida *per se* debería clasificarse dentro de las prohibiciones de las leyes antimonopolio.

Por otro lado, las fusiones y adquisiciones son prácticas prohibidas “en cualquier rama del comercio o cualquier actividad que afecte el comercio en cualquier parte del país, cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tienda a crear un monopolio [...]”⁶⁹. Las fusiones y adquisiciones también pueden ser objeto de demandas de acuerdo con las secciones 1 y 2 de la Ley Sherman, así como según la sección 5 de la Ley de la FTC.

a) *Supervisión, procedimiento y sanciones.* Los dos organismos federales responsables de velar por la observancia de las leyes antimonopolio son el Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés), por medio de su División Antimonopolio, y la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés), entidad autónoma instituida en 1914.

La FTC está integrada por cinco comisionados designados por períodos de siete años por el presidente, con la asesoría y la venia del Senado. La FTC no forma parte del poder ejecutivo. Los dos organismos llevan a cabo un procedimiento de cotejamiento para asegurarse de que no investigan simultáneamente a las mismas partes o las mismas conductas.

Las leyes antimonopolio se aplican, en primer lugar, mediante demandas presentadas ante las cortes federales, ya sea por el Departamento de Justicia, partes privadas o por los fiscales generales de los distintos estados. La FTC ejecuta sus propios procesos administrativos internos para determinar las violaciones a las leyes antimonopolio. No obstante, también en tales casos, la FTC debe recurrir a los tribunales para obtener mandamientos judiciales preliminares o para denunciar el incumplimiento de sus fallos resolutorios. Las cortes tienen, pues, un importante papel que desempeñar en la aplicación e interpretación de las leyes antimonopólicas estadounidenses,

⁶⁹ Ley Clayton, sec. 7.

aunque la gran mayoría de las medidas de observancia emprendidas por el DOJ o la FTC es dirimida antes de que se inicien los litigios judiciales.

Los gobiernos estatales también son pieza importante en la aplicación de la legislación antimonopolio: cada uno de los 50 estados puede demandar judicialmente para que se apliquen las leyes antimonopólicas federales cuando la violación de alguna de las leyes cause daños al estado mismo o a sus ciudadanos. Además, 49 de los 50 estados tienen sus propias leyes antimonopolio, las cuales son aplicadas mediante demandas incoadas por los estados o partes privadas en las cortes estatales.

El DOJ es un departamento del poder ejecutivo; por su cuenta corre la ejecución de las leyes antimonopolio (Leyes Sherman y Clayton, pero no la Ley FTC) mediante la introducción de demandas penales y civiles ante las cortes federales. El DOJ es la única entidad autorizada para llevar adelante los casos de infracciones penales federales.

La FTC es un órgano regulatorio autónomo; es responsable de hacer cumplir las leyes antimonopolio (la Ley Clayton, las disposiciones de la FTC sobre “métodos desleales de competencia”, pero no la Ley Sherman), sobre todo a través de procesos administrativos. La FTC también se encarga de velar por la aplicación de las disposiciones de la Ley FTC, que protegen a los consumidores contra prácticas o actos desleales o engañosos. Además de su autoridad adjudicadora, la FTC está facultada para promulgar normas regulatorias de la industria o el comercio, sobre todo para asuntos de protección al consumidor; en algunos casos, la infracción de estas normas podría conducir a penalizaciones monetarias civiles. El recurso final de la FTC para hacer cumplir sus fallos son las cortes federales.

Ambos organismos tienen la capacidad para llamar testigos y producir evidencias para las investigaciones antimonopóli-

cas, aunque sujetos al seguimiento de estrictas reglas para la protección de la confidencialidad.

Las leyes antimonopolio se ejecutan principalmente a través de procesos incoados ante cortes federales. La FTC conduce sus propios procesos administrativos para adjudicar violaciones a las leyes antimonopolio; no obstante, también en estos casos, la FTC debe recurrir a las cortes para obtener desagravios preliminares por mandato judicial o denunciar el incumplimiento de sus fallos resolutorios. Para los casos de enjuiciamientos penales federales, el DOJ se vale de procedimientos penales estándar, tales como el gran jurado o los testimonios con inmunidad. En los procesos penales del DOJ, los acusados pueden solicitar un juicio por jurado, mientras que en los procesos civiles del mismo DOJ rigen las normas comunes de procesamiento civil, pero los acusados no tienen derecho a juicio por jurado.

Sanciones penales. Las infracciones penales a la Ley Sherman son castigadas con multas de hasta US\$ 10 millones para los acusados corporativos y US\$ 350.000 para otros demandados. Las multas pueden igualmente ser fijadas en el doble del monto bruto obtenido con la violación de la ley o el doble de lo perdido por la víctima. Las infracciones penales a la Ley Sherman también pueden acarrear condenas de hasta tres años de prisión.

Desagravio por mandato judicial. Las cortes federales están facultadas para obligar a una parte a realizar o abstenerse de realizar una acción determinada, lo cual puede incluir la prohibición de repetir infracciones pasadas. Estas órdenes pueden ser introducidas luego de un proceso o por consentimiento de las partes. El DOJ puede obtener un mandamiento judicial solo a través de la corte. La FTC puede emitir una orden de abstención y renuncia luego de que el demandado haya aceptado los hechos recabados por la FTC o tras un juicio administrativo sobre los

méritos, ejecutable mediante sanciones civiles impuestas por la corte o desprecio de sanciones de la corte.

Daños. La causa de acción privada por infracción de las leyes antimonopolio es un componente fundamental del sistema antimonopólico estadounidense y es independiente de cualquier acción gubernamental. Sin embargo, si se introduce una demanda privada luego de una demanda gubernamental incoada en virtud de la Ley Sherman o la Ley Clayton en la cual el demandado fue encontrado culpable, el demandante privado puede utilizar el fallo de ese primer juicio como prueba *prima facie* de la infracción. Las partes privadas pueden obtener mandamientos judiciales y generalmente tienen derecho al resarcimiento triple de daños por concepto de violación de las leyes antimonopolio, así como a la recuperación de un monto razonable de los honorarios de los abogados. El gobierno de Estados Unidos también puede demandar por resarcimiento triple de daños para recuperarse de los perjuicios infligidos a su actividad o propiedad como resultado de una infracción de la legislación antimonopólica.

Otras indemnizaciones. Las cortes pueden ordenar la restauración de las condiciones competitivas, incluidos el embargo de activos y la rescisión de contratos. Las cortes tienen amplios poderes para ordenar desagravios que prohíban violaciones futuras o en desarrollo de las leyes antimonopolio. Existen sanciones financieras específicas que imponen las cortes por incumplimiento de las normas relativas a la notificación previa a la fusión. La FTC tiene amplias facultades para elaborar las órdenes de prohibición, ejecutables mediante sanciones civiles impuestas por las cortes o desprecio de sanciones de la corte en razón de su incumplimiento. Las indemnizaciones que contemplan las leyes antimonopólicas estatales varían, pero en líneas generales son similares a las federales; además, muchos estados contemplan sanciones penales por la violación de sus leyes antimonopolio.

Todas las acciones del DOJ y algunas de la FTC para hacer cumplir las leyes son introducidas ante las cortes de distrito federales y están sujetas a revisión normal de apelación en las cortes federales de apelación.

Las decisiones administrativas de la FTC son apelables directamente ante las cortes federales de apelación. Las demandas privadas son también introducidas ante las cortes y sujetas a revisión de apelación. En contadas ocasiones, la Corte Suprema ejerce su jurisdicción discrecional para revisar la decisión de una corte federal de apelaciones en un caso antimonopólico.

H) *Unión Europea*

La doctrina afirma que la normativa de la Unión Europea, relacionada con la fijación de precios, como práctica competitiva sancionable, se encuentra resumida en el artículo 85 del Tratado de Roma, que expresa lo siguiente: “Serán incompatibles con el mercado común y 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 común y, en particular, los que consistan en:

”a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

”b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

”c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

”d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva;

”e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

“Artículo 85. [...] 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 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 1) mejorar la producción o la distribución de los productos o 2) 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 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”⁷⁰.

La filosofía de la normativa europea, con relación a la fijación de precios, se podría resumir en la frase: “La economía de mercado no es la selva donde rige la ley que imponen los más fuertes”⁷¹.

Teniendo en cuenta la imperfección del mercado, la Unión Europea (UE) determina por medio de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (TR), cuáles son las conductas que se consideran atentatorias contra la libre competencia. No obstante, es preciso aclarar que en el llamado caso *pronuptia*, el cual fue sometido a conocimiento del Tribunal de Justicia de la UE,

⁷⁰ Tratado de Roma, art. 85.

⁷¹ Julio Pascual y Vicente, magistrado del Tribunal de Defensa de la Competencia de España.

se emitió sentencia el 28 de enero de 1986, excluyendo de los artículos 85 y 86 del TR a las franquicias de formato de negocio, bajo determinadas consideraciones y los expertos consideran que este precedente coadyuva a otorgar mayor seguridad jurídica a la figura contractual de la franquicia.

En la Unión Europea, la fijación de precios, exclusividad, repartición de mercados y discriminación de precios o condiciones constituyen, en términos generales, prácticas prohibidas salvo que no tengan el objeto o efecto de restringir o afectar la competencia.

Este principio de reconocimiento mutuo garantiza la libre circulación de mercancías y servicios sin que sea necesario armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Así pues, la venta de un producto legalmente fabricado en un Estado miembro no puede estar prohibida en otro Estado miembro, aunque las condiciones técnicas o cualitativas difieran de las impuestas a los propios productos, aunque obviamente existe una única excepción: en caso de interés general como la protección de la salud, los consumidores o el medioambiente y servicios.

Con sus 370 millones de consumidores, el mercado interior europeo es hoy el mayor mercado del mundo en propiedad intelectual. En general, prevalecen las normas del Estado miembro de origen, lo que garantiza el respeto del principio de subsidiariedad, evitando la instauración de una normativa detallada a escala comunitaria y garantizando un mayor respeto de las tradiciones locales, regionales y nacionales, y lo que permite, así mismo, el mantenimiento de la diversidad de los productos y servicios, el reconocimiento mutuo constituye así un medio pragmático y potente de integración económica.

a) *Prácticas prohibidas*. En el marco europeo se entiende que afectar la competencia es afectar la habilidad para operar

en el mercado sin interferencias artificiales; estas conductas o prácticas pueden deberse a diferentes objetivos, como los siguientes:

- Desalentar la competencia desleal entre franquiciados.
- Procurar mayor inversión en la actividad comercial.
- Integrar y preservar capacidades productivas.
- Prevenir la distribución al público de los productos a través de canales distintos a la franquicia. Segmentación de mercados.
- Preservar el valor asociado a la propiedad intelectual de la franquicia.
- Evitar el aumento injustificado de precios en productos sensibles.
- Ampliar el mercado. Poner los productos al alcance de mayor cantidad de consumidores.

Específicamente, en España, la regulación de la competencia libre empezó con la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, del 20 de julio de 1963. Esta ley sigue las directrices del Tratado de Roma en cuanto a la prohibición de los acuerdos verticales para la fijación de precios.

La política de regulación de precios en España comenzó con el decreto-ley del 3 de octubre de 1966, con el que se pretendía ajustar los precios al valor real del mercado y fijar los límites máximos para evitar los abusos de las posiciones monopolísticas. Se crearon de esta forma diversos tipos de precios, que fueron experimentando modificaciones sucesivas, hasta que el decreto-ley del 20 de diciembre de 1974 dejó establecidos los siguientes tipos de regímenes de precios, entre ellos el llamado “Régimen de precios autorizados”, compendiando los bienes y servicios en los que se cumplían las condiciones siguientes:

- Solo se podrá modificar el alza, previa autorización administrativa.

- Hasta un alza del 3 por ciento es competente la Junta Superior de Precios; cuando supere esta tasa, entenderá el Consejo de Ministros.

- La fijación de precios de nuevos productos o la comercialización de los servicios de una nueva implantación habrá de solicitarse a la Junta Superior de Precios.

Así mismo, se estableció el “Régimen de precios de vigilancia especial”. Comprende aquellos bienes y servicios en los que la modificación de precios exige:

- Notificación de la modificación con un mes o dos de antelación.

- Cuando se rebasen los niveles de incrementos que se consideren aceptables en los precios, la Junta Superior de Precios lo comunicará al gobierno para que se adopten las medidas adecuadas de corrección; incluso, se podrá proponer la inclusión del producto en el régimen de precios autorizados.

Por último, el “Régimen de precios de los demás bienes y servicios”, el cual comprende aquellos bienes y servicios no incluidos en los apartados anteriores y exige:

- El mantenimiento a disposición de la Administración, durante seis meses, de la documentación referente a los incrementos de los costos repercutidos en los precios.

- En las subidas anormales de los precios, comprobadas por la Junta Superior de Precios, se podrán incluir estos bienes y servicios.

b) *Supervisión, procedimiento y sanciones.* Las prácticas y actuaciones restrictivas de la competencia que produciendo sus efectos en el territorio de la Unión Europea, afecten al comercio entre los Estados miembros, dan lugar a la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (TCEE); ahora bien, ello no exclu-

ye que las referidas prácticas y actuaciones queden sometidas también a las normas sobre defensa de la competencia establecidas en los Derechos nacionales de los Estados miembros, es por ello por lo que cada Estado debe determinar las reglas que han de resolver en tales casos la aplicación del Derecho comunitario y del Derecho interno de los Estados miembros.

Las normas sobre protección de la libre competencia contenidas en el TCEE y en los reglamentos dictados por el Consejo y la Comisión de las Comunidades Europeas, se integran en un ordenamiento jurídico supranacional de aplicación directa en todos los Estados miembros, que, además, no pueden ser alteradas en su aplicación a los referidos Estados por medidas de carácter legislativo o administrativo adoptadas por ellos. Esta doctrina, basada en la primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales de los Estados miembros, la ha mantenido uniformemente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE); así, reiterando el criterio sustentado en la sentencia del 15 de julio de 1964 (caso Flaminio Costa contra E. N. E. L.), la sentencia del TJCE del 13 de febrero de 1969 (caso Walt Wilhelm y otros contra Bundeskartellamt) declara:

“Que el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones; que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros puedan adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; que la fuerza operativa del Tratado y de los actos jurídicos adoptados para su aplicación no podría variar de un Estado a otro como consecuencia de actos internos, sin que se obstaculice el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado; que, por tanto, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales en materia de acuerdos entre empresas, deben ser resueltos por la aplicación del principio de la primacía de la norma comunitaria”.

Sin embargo, la primacía de las normas del Derecho comunitario relativas a la protección de la libre competencia sobre el Derecho nacional de cada Estado miembro, no comporta la inaplicación de las respectivas legislaciones nacionales sobre la defensa de la competencia.

Por lo anterior, es admisible la aplicación de las normas del Derecho comunitario (arts. 85 y 86, TCEE) y del Derecho nacional del Estado en el cual se presente la conducta objeto de sanción; siendo, en consecuencia, posible la iniciación de dos procedimientos distintos, uno ante las autoridades comunitarias y otro ante las autoridades nacionales.

10. CASUÍSTICA

A) *Jurisprudencia colombiana*

Primer caso

Ficha básica:

Proceso No. 2001-0364 del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN B, sentencia del veintisiete (27) de noviembre del dos mil tres (2003), magistrada ponente: Dra. Ligia Olaya de Díaz.

Demandante: Asociación de Entidades de Seguridad Privada SANDEVIP y otros.

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Temas tratados: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA
Acuerdos de precios.

COMPETENCIA DESLEAL / SANCIONES POR
PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA
Inaplicación del régimen objetivo de responsabilidad.

Antecedentes del problema

- La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad, organismo que vigila a las empresas que prestan servicios en la actividad de vigilancia, expidió la circular 00016 del 22 de diciembre de 1995 que establece, entre otras:

“La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada considera que las entidades cualquiera que sea su modalidad y constitución, que presten servicios de vigilancia y seguridad privada veinticuatro (21 [sic]) horas - mes y cobren el servicio por debajo de los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes estarán infringiendo normas laborales y fiscales, por lo cual estarán expuestas a las correspondientes sanciones. Cuando los servicios sean contratados en un horario inferior a veinticuatro (24) horas - mes, deberán conservar su proporcionalidad”.

- Las sociedades demandantes manifiestan que para cumplir con lo impuesto por la circular, acordaron cobrar unas tarifas adecuadas a lo exigido en ella, dejando la posibilidad de ofrecer descuentos hasta del 3 por ciento a clientes nuevos, situación que no fue ocultada y que fue la que dio origen a la expedición de las resoluciones demandadas, mediante las que se sanciona pecuniariamente a las empresas demandantes.

Normas supuestamente violadas y concepto de la violación

Normas constitucionales. Los demandantes estiman vulnerados los artículos 2º, 13, 25, 29, 34, 58, 83, 209, 333 y 334 de la Constitución Política; los artículos 1º y 17 de la ley 155 de 1959; los artículos 47 numeral 1 y 49 numeral 2 del decreto 2153 de 1992; los artículos 1º y 5º del Código Penal; el decreto-ley 100 de 1980; el artículo 14 de la ley 200 de 1995, y el 36 del Código Contencioso Administrativo.

Naturaleza del problema

El núcleo esencial o la materia del conflicto suscitado entre las partes radica en el régimen sancionatorio de que goza la

Superintendencia de Industria y Comercio, relacionado con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la ley 155 de 1959, que le otorga la facultad de imponer medidas cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

En el conflicto se presentan dos tesis, que se pueden resumir así:

Por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, el fundamento de la sanción expuesta en las resoluciones 29302 del 2 de noviembre de 2000 y la 00670 del 29 de enero de 2001, radicó en el hecho de acordar entre más de dos empresas la fijación de precios para cobrar unas tarifas, con la posibilidad de ofrecer descuentos hasta del 3 por ciento a clientes nuevos. Esta conducta fue calificada por la Superintendencia de Industria y Comercio como de limitación de la competencia, contraviniendo lo señalado en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, y luego esta procedió a sancionarlas imponiendo la sanción mediante las resoluciones demandadas.

Precisa en sus fundamentos, que la competencia es la lucha por atraer a los consumidores pero recurriendo a medios legales y leales, por lo cual no es permitido que los competidores se valgan de medios restrictivos o desleales que distorsionen el mercado, pues su conducta se hace reprimible.

Argumenta, además, que para la Superintendencia solo es suficiente que exista el acuerdo directo o indirecto de fijación de precios para productos o servicios, para que se configure *la responsabilidad objetiva*, sin que sea pertinente analizar la intención de los representantes legales, puesto que era suficiente el acuerdo para limitar indebidamente el mercado y considerarlo como restrictivo de la competencia. La norma señalada es clara en precisar que cada productor o expendedor debe

fijar precios a sus productos y servicios de manera autónoma, y prohíbe que, con un acuerdo, se comprometa a seguir una línea de conducta uniforme o predeterminada.

Por otra parte, la actora sostiene que la libertad de competencia es un derecho constitucional colectivo, en donde las empresas ofrecen bienes y servicios, compitiendo entre sí para lograr la preferencia de los usuarios con niveles óptimos de precios y un estado eficiente desde el punto de vista de la producción.

Para lograr esa libertad económica, sostiene el actor que le corresponde al Estado impedir que se restrinja o falsee la competencia. Analiza cada uno de los términos para concluir que se *impide, restringe* o *falsea, cuando concurren elementos tales* como los siguientes:

- Un acto, acuerdo o decisión de una o varias empresas sobre precios de un servicio.
- Que tenga por objeto limitar la competencia.
- Y que exista relación de causalidad entre el acto y la restricción o limitación de la competencia.

Precisa que no basta la existencia *per se* del acuerdo, que es necesario constatar que tenga por objeto limitar la competencia y que de ese acuerdo se derive la limitación de la misma.

Argumenta que a la Superintendencia solo le bastó para sancionar la demostración de la existencia de un acuerdo sobre precios, sin tener en cuenta el objeto ni sus efectos, si hubo o no hubo limitación de la competencia o si los precios acordados eran inequitativos.

Consideraciones y decisión de la Sala

La Sala resume el problema jurídico a resolver en determinar si con las decisiones adoptadas por las empresas demandantes, en el acuerdo denominado *pacto de honor*, el 8 de julio

de 1997, se incurrió en conductas calificadas como restrictivas de la competencia a la luz de lo normado por el decreto 2153 de 1992.

Para definir lo anterior, la Sala acude a la definición de empresa en la Constitución Política (art. 333), que acoge el sistema de la libre empresa y consagra en este enunciado a manera de principios cardinales:

- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.
- La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades.
- La empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.
- El Estado estimulará el desarrollo empresarial.
- El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
- La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

Según la Sala, este precepto suprallegal, el decreto 2153 de 1992 mediante el cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, adscribió a esta entidad las funciones de hacer cumplir las normas sobre promoción de la competencia y de imponer correctivos frente a actos o acuerdos contrarios a la libre competencia, como los señalados en los artículos 47 y 48 del citado decreto. Por tanto, concluye que la restricción de la competencia se traduce en una noción de competencia desleal, la cual comprende no solo los procedimientos para sembrar la confusión del público, las maniobras para desacreditar a los competidores, los subterfugios para introducir la

anarquía o el desorden en las empresas rivales, la publicidad mentirosa, las indicaciones falsas de calidad de los productos, el acaparamiento o la especulación, así como el sinnúmero de procedimientos, simples unos, complejos otros, que no ofrecen rasgos comunes y a veces no es fácil detectarlos. Por esta razón, las definiciones generales de tales conductas no son suficientes, pues debe probarse la mala fe, toda vez que esta no se presume y quien alegue tiene que probarla.

Por consiguiente, la Sala considera que el régimen sancionatorio de manera excepcional se hace efectivo bajo un régimen objetivo de responsabilidad; es decir, se prescinde totalmente del elemento de la culpabilidad para efectos de la aplicación de la sanción, razón por la cual ante la ocurrencia del hecho que puede constituir infracción, procede la aplicación de la sanción. Pero no es el caso, ni lo puede ser el régimen sancionatorio relativo al incumplimiento de las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas; pues de serlo, se transgrediría los principios de la culpabilidad, presunción de inocencia, el de buena fe y se limitaría el derecho de defensa de los particulares.

Continúa la Sala manifestando que se aparta de la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio en la medida que considera que la conducta sancionada no debe ser vista desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva, sino desde el fin perseguido con la misma. Señala que a la Superintendencia solo le bastó para sancionar, la demostración de la existencia de un acuerdo de precios; pero no tuvo en cuenta su objeto y mucho menos sus efectos, es decir, si efectivamente existió o no existió limitación de la competencia, o si los precios acordados eran inequitativos.

En consecuencia, se declaró la nulidad de las resoluciones 29302 del 2 de noviembre de 2002, y 00670 del 29 de enero de 2001, por medio de las cuales el superintendente de Industria y

Comercio impone y confirma una sanción pecuniaria a la Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada (ANDEVIP), capítulo Valle, Cauca y Nariño y a otras, por contravención a lo previsto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con la ley 155 de 1959.

A continuación, el tribunal expone que es necesario recordar que el artículo 47 del decreto 2153 de 1992 señala expresamente las conductas que se consideran contrarias a la libre competencia, entre ellas las siguientes:

“1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios[...]”.

Si solo se tuviera en cuenta esta norma y la Constitución Política colombiana, bien podría pensarse que solo basta con que exista el acuerdo directo o indirecto de fijación de precios, para considerar que son contrarios a la libre competencia.

Sin embargo, la sala del tribunal al analizar el caso concretamente, afirmó que los acuerdos y los actos contrarios a la libre competencia previstos en los artículos 47 y 48 del decreto 2153 de 1992, no pueden considerarse como una responsabilidad objetiva, pues los eventos allí consignados se asemejan tal como lo precisa el director del Centro de Estudios de Derecho de los Mercados⁷², “a una presunción de ilegalidad, la cual puede desvirtuarse demostrando que en el mercado existe libertad de entrada, libertad de escogencia, variedad de precios y servicios, así como una eficiencia en el aparato productivo”.

Es decir, que en virtud de la responsabilidad objetiva del sistema sancionatorio existe una presunción legal y no de derecho, admitiéndose la existencia de pruebas que demuestren lo contrario. No basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o

⁷² MAURICIO VELANDIA, “En un vistazo jurídico a la fijación de precio”, *Ámbito Jurídico*, edición del 8 al 21 de julio de 2002.

desleal, pues se requiere también demostrar que ese acuerdo tuvo como objeto impedir, restringir o falsear la competencia.

La Sala concluye que pueden existir acuerdos en donde no se presente el ingrediente restrictivo de la competencia. Uno de los aspectos que se tuvo en cuenta, que de 900 empresas de vigilancia, solo 15 firmaron el pacto de honor; por tanto, existe una pluralidad de empresas. No podría hablarse de una restricción en la entrada, ni en libertad de escogencia, ni restricción en los precios, ni en los servicios, pudiendo existir en el mercado el ofrecimiento de servicios a más bajo costo.

La tesis de la responsabilidad objetiva, defendida por la Superintendencia de Industria y Comercio, fue cuestionada fuertemente debido a la existencia del artículo 49, pues este dispone que las conductas no pueden ser tenidas como contrarias a la libre competencia:

“2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado”.

El tribunal afirma que en el caso concreto, la conducta asumida por las empresas se traduce en la tarea de acatar las sugerencias de la Superintendencia en cuanto a las tarifas de seguridad privada; cuyo señalamiento ha sido un intento constante de la Superintendencia con la circular 016 de 1995 y del gobierno nacional con el decreto 73 de 2002 que dio lugar a la expedición de la circular 007, para exigir el cumplimiento del mencionado decreto sobre las tarifas mínimas del servicio de vigilancia y seguridad privada, con el fin de garantizar la posibilidad de reconocerle al trabajador el salario mínimo mensual, las horas extras, los recargos nocturnos y las prestaciones sociales, lo cual no puede tacharse de una competencia desleal ni restrictiva al no estar incurso en el incumplimiento de los mínimos previstos en la norma no obligatoria.

Segundo caso

Ficha básica:

Sentencia C-690 del 12 de agosto de 2003, expediente D-4454 - CORTE CONSTITUCIONAL, magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Accionante: Juan Guillermo Saldarriaga Sanín.

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 28 (parcial), 82 y 83 de la ley 788 de 2002, “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones”.

Antecedentes del problema

• El ciudadano Juan Guillermo Saldarriaga Sanín, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de los artículos 28 (parcial), 82 y 83 de la ley 788 de 2002, “por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial, y se dictan otras disposiciones”.

Normas demandadas, normas violadas y concepto de la violación

El texto de las normas acusadas es el siguiente:

“Artículo 28. *Precios de transferencia*. Adiciónase el capítulo XI al título I del Estatuto Tributario, el cual quedará así:

”CAPÍTULO XI

”Precios de transferencia”

[...]

“Artículo 260-6. *Jurisdicción de menor imposición fiscal*. Salvo prueba en contrario, se presume que las operaciones entre residentes o domiciliados en Colombia y residentes o domiciliados en países o jurisdicciones de menor imposición

en materia del impuesto sobre la renta, son operaciones entre vinculados económicos o partes relacionadas en las que los precios y montos de las contraprestaciones no se pactan conforme a los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.

”Para efectos del presente artículo, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que realicen las transacciones a que se refiere el inciso anterior deberán cumplir con las obligaciones señaladas en los artículos 260-4 y 260-8 del Estatuto Tributario.

”Parágrafo. Son jurisdicciones de menor imposición aquellas que señale la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE o el gobierno nacional”.

[...]

“Artículo 260-9. *Interpretación.* Para la interpretación de lo dispuesto en este capítulo, serán aplicables las guías sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales, aprobadas por el consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, en la medida en que las mismas sean congruentes con las disposiciones del Estatuto Tributario”.

[...]

“Artículo 82. *Otros pagos no deducibles.* Adiciónase un parágrafo 2º al artículo 124-1 del Estatuto Tributario, el cual queda así:

”Parágrafo 2º. No serán constitutivos de costo o deducción los pagos o abonos en cuenta que se realicen a personas naturales, personas jurídicas o a cualquier otro tipo de entidad que se encuentre constituida, localizada o en funcionamiento en países que hayan sido declarados paraísos fiscales, por la Organización para el Desarrollo Económico Europeo, OCDE, o por el gobierno colombiano, salvo que se haya efectuado la

retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y remesas.

”Este tratamiento no les será aplicable a los pagos o abonos en cuenta que hayan sido registrados antes de la vigencia de la presente ley que se realicen a entidades financieras con ocasión de créditos registrados ante el Banco de la República”.

[...]

“Artículo 83. Adiciónase el artículo 408 del Estatuto Tributario con el siguiente párrafo:

”Párrafo. Los pagos o abonos en cuenta por cualquier concepto que constituyan ingreso gravado para su beneficiario y este sea residente o se encuentre constituido, localizado o en funcionamiento en países que hayan sido declarados paraísos fiscales, por la Organización para el Desarrollo Económico Europeo, OCDE, o por el gobierno colombiano, se someterán a retención en la fuente por concepto de impuesto sobre la renta y ganancia ocasional a la tarifa del treinta y cinco por ciento (35%), sin perjuicio de la aplicación de la retención en la fuente por concepto de impuesto de remesas, a la tarifa del siete por ciento (7%)”.

El demandante considera que con las disposiciones acusadas se vulneran los numerales 1 y 10 del artículo 150 y el artículo 338 de la Constitución Política.

El accionante sostiene que se vulnera el artículo 150 numeral 1 del texto fundamental, cuando el Congreso de la República, contrariando lo previsto en el ordenamiento superior, desconoce su obligación de “hacer las leyes” y se limita a delegar dicha facultad en las decisiones que adopte un organismo foráneo, como lo es la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Por otra parte, el demandante considera que las normas acusadas, con excepción del nuevo artículo 260-9 del Estatuto

Tributario, violan el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución, cuando a partir de la delegación que realizan en el gobierno nacional de la potestad de determinar las “jurisdicciones de menor imposición” y los “paraísos fiscales”, autoriza mediante facultades extraordinarias —ilimitadas en el tiempo— la imposición o variación de las cargas tributarias. Concluye el accionante: “[...] con la remisión a la voluntad de un tercero con el otorgamiento de licencia para legislar sin limitaciones al gobierno nacional, como se ha indicado, quedan la OCDE y el ejecutivo con facultades para, a su arbitrio, sin examen del legislador legítimo en materia impositiva de carácter nacional y por fuera del escrutinio de constitucionalidad, señalar reglas que conduzcan a desconocer al contribuyente costos con el consecuente aumento de impuestos e imponer nuevas cargas para que el contribuyente pueda deducir sus costos, teniendo que asumir unas mayores cargas impositivas[...]”.

Por último, afirma que las disposiciones acusadas vulneran el artículo 338 de la Constitución Política, referente al principio democrático de representación en la imposición de tributos, en cuanto dichas normas facultan al gobierno y a la OCDE para señalar directa o indirectamente los sujetos activos, pasivos y los hechos gravables de la obligación tributaria. En efecto, nótese como “[...] por obra y gracia de esas determinaciones de la OCDE o del gobierno nacional, quedan expuestos a ser gravados hechos nuevos y sujetos que no ejercen actividades en el país (retenciones), olvidando de paso el principio de territorialidad de la ley”.

Naturaleza del problema

Este caso está compuesto de diferentes temas. Sin embargo, para nuestro estudio el aspecto relevante es el relacionado con la afirmación que hace el accionante sobre la inconstitucionalidad del artículo 260-9 del Estatuto Tributario, cuando dice:

“Para la interpretación de lo dispuesto en este capítulo, serán aplicables las guías sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales, aprobadas por el consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE, en la medida en que las mismas sean congruentes con las disposiciones del Estatuto Tributario”, toda vez que según el demandante con esta norma se está facultando a la OCDE para señalar directa o indirectamente los precios de las transferencias, asunto que en virtud del artículo 338 de la Constitución Política, solo le compete al legislativo.

De manera general, el demandante considera que la remisión que el artículo 260-9 del Estatuto Tributario hace a las guías sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales de la OCDE, resulta contraria al principio de legalidad en materia tributaria, porque la aplicación de tales guías en Colombia podría dar lugar a que con base en ellas se modifiquen elementos esenciales de la obligación tributaria.

Entiéndase por sistema de precios de transferencia: “[...] la obligación para efectos del impuesto de renta de declarar a precios de mercado las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas tanto para el efecto del ingreso como de costos y gastos”⁷³.

Consideraciones y decisión de la Corte

La Corte manifestó que en materia tributaria la ley no puede, por razones de tipo técnico que tienen que ver especialmente con la fluctuación de los valores de los distintos activos patrimoniales, entrar a determinar en cada caso concreto el valor de un bien. Debe entonces limitarse a indicar la manera como debe fijarse ese valor, y así lo hace en el caso del impuesto predial, así también procede para la determinación del precio

⁷³ FERNANDO ZARAMA VÁSQUEZ, *Reforma tributaria comentada*, Bogotá, Edit. Legis, 2003.

de la panela, base gravable de la cuota de fomento panelero, situaciones ambas que han sido estudiadas por la Corte Constitucional, que las ha encontrado avenidas al precepto constitucional consagrado en el artículo 338 superior.

Reitera la Corte que no compete al legislador señalar directamente en todos los casos los valores patrimoniales de los bienes que son tomados como determinantes de la base gravable de los tributos; pues esto, por razones de tipo técnico y administrativo, no resulta posible en la mayoría de los casos, teniendo en cuenta que fenómenos tan dinámicos como la inflación y la devaluación monetaria, entre otros, hacen pensar en lo inconveniente y contraria a la naturaleza de las cosas que resulta esa posición.

En desarrollo del principio de legalidad de los tributos contenido en los artículos 150-12 y 338 de la Constitución —concluye la Corte—, le corresponde al legislador, y en ciertos casos a las asambleas y los consejos, con sujeción a la ley, determinar directamente y de manera clara todos los elementos de la obligación tributaria; sin embargo, no toda ambigüedad en la ley que crea un tributo o toda dificultad en su interpretación conduce a la inconstitucionalidad de la misma, porque para ello es necesario que el alcance de la ley no pueda ser determinado de acuerdo con las reglas generales de interpretación de la ley. Por otra parte, no siempre resulta exigible que la determinación de los elementos del tributo sea expresa, y no se viola el principio de legalidad tributaria cuando uno de tales elementos no está determinado en la ley, pero es determinable a partir de ella.

Finalmente, para la Corte, en materia de remisiones a la administración o al reglamento, es posible concluir que el rigor del principio de legalidad se aplica a la determinación política de los elementos del tributo, y que de tal rigor escapan ciertas variables técnicas o económicas cuya concreción no es posible

realizar en la ley. Entre tales remisiones, la Corte se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad de las que se refieren a la certificación de precios, a la fijación de parámetros para la valoración de activos, al avalúo catastral, al índice de bursatilidad de las acciones. Estas hipótesis de remisión a la administración tienen como denominador común que se refieren a elementos variables, que no es posible predeterminar en la ley, pero que responden a realidades técnicas susceptibles de concreción con un alto nivel de certeza. Así, no obstante, un relativo margen de apreciación, la determinación del valor de un inmueble, o el precio de un producto, el valor de unos activos o el índice de bursatilidad de unas acciones, está necesariamente vinculada a la realidad objetiva que tales conceptos comportan.

De este modo, no obstante que el legislador ha expresado su voluntad en torno a la configuración de un impuesto, ciertas variables escapan a la posibilidad de determinación legislativa, bien sea por el carácter cambiante que revisten o por su naturaleza técnica especializada.

En este caso, la determinación política del tributo —que como se ha expresado— está sometida al rigor del principio de legalidad en sentido estricto, hace referencia a un elemento volitivo; esto es, a la decisión del legislador de establecer un determinado tributo definiendo los elementos que lo conforman, pero en la definición del tributo pueden incidir variables económicas cuya determinación puede librarse a la administración.

Con relación a los precios de transferencia, es preciso aclarar que se denominan precios de transferencia los que se utilizan en transacciones que se realizan entre empresas vinculadas. Desde la perspectiva tributaria, han surgido diversas inquietudes en relación con tales precios, por cuanto en la medida que puedan fijarse libremente entre las empresas vinculadas, pueden producir distorsiones, que en ocasiones conducen a doble o múltiple tributación, o permiten que las empresas manipulen los precios

con objeto de obtener ventajas desde la perspectiva tributaria, principalmente las que se derivan de las operaciones que se realizan entre jurisdicciones con distintos niveles impositivos.

Con el propósito de combatir esa situación, pero particularmente, para hacer frente a la erosión de las bases impositivas que se produce cuando, con propósito netamente tributario, se fijan determinados precios de transferencia en operaciones que se realizan con partes localizadas en jurisdicciones de baja o nula imposición. Los Estados han desarrollado herramientas que permiten a las administraciones tributarias revisar y objetar el valor de los bienes y servicios que haya sido fijado en operaciones entre partes relacionadas.

Desarrollar un sistema para la fijación de los precios de transferencia no es una tarea sencilla, dada la gran cantidad de variables que incide en la determinación del precio de los bienes y servicios en un mercado abierto. Sin embargo, se ha avanzado en la dirección de señalar que los precios acordados entre empresas vinculadas, típicamente, empresas de un mismo grupo económico, deben fijarse, para efectos tributarios, a partir de los que para las operaciones similares y en condiciones también similares habrían sido establecidos por personas independientes. “Esto es lo que se conoce en la actualidad como el principio del operador independiente (*arm’s length principle*), el cual, a su vez, viene a determinar, tanto para las autoridades tributarias como para las compañías vinculadas, los rangos de precios que son aceptables —al menos para efectos fiscales— para las operaciones que realizan entre sí. La justificación de la aplicación del principio está dada —como ya se advirtió— en el derecho que se reconoce a los distintos Estados para que por la vía de los mecanismos de fijación de precios entre vinculadas no escapen ingresos de su poder de imposición, así como proveer paridad de tratamiento a las compañías multinacionales frente a otras empresas independientes”.

Para el proceso de fijar esos precios, tanto por las empresas como por las administraciones tributarias, se han desarrollado distintos métodos, los cuales en Colombia los incorporó la ley en el artículo 260-2 del Estatuto Tributario.

El artículo 28 de la ley 788 de 2002 introduce en Colombia un sistema para el tratamiento de los precios de transferencia. Como parte del mismo, el artículo 260-9 del Estatuto Tributario dispone que para la interpretación de las normas sobre precios de transferencia resultarán aplicables las guías que sobre el particular ha aprobado el consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Dicha organización internacional, de la que no forma parte Colombia, tiene entre sus objetivos constituirse en un foro de consulta y coordinación entre gobiernos, en materias relacionadas con el crecimiento de la economía y el empleo en los países miembros, así como el mejoramiento sostenido de sus niveles de vida, dentro de un contexto de promoción del desarrollo de la economía mundial y de expansión del comercio internacional.

La remisión a las guías de la OCDE sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones fiscales, la ley 788 de 2002, en su artículo 28, incorpora al Estatuto Tributario la regulación de un sistema de precios de transferencia, del cual se derivan ciertas obligaciones formales para los contribuyentes y la posibilidad de modificar en determinados supuestos, algunos de los elementos esenciales del impuesto de renta.

En efecto, conforme al principio de legalidad en materia tributaria, solo la ley puede ser fuente de tributos, y a ella corresponde definir los elementos esenciales de la obligación tributaria; y si bien, tal como se ha mostrado en esta providencia, del principio de legalidad no se deriva la exigencia de que la ley desarrolle hasta en el más mínimo detalle la obligación tributaria, no es menos cierto que la concreción de los ele-

mentos de indeterminación que resulten admisibles en la ley, corresponde a quien de acuerdo con la Constitución, pueda ejercer una potestad de regulación de carácter reglamentario, y en particular, al presidente de la República.

Puesto que la norma dispone que para la interpretación de lo dispuesto en el capítulo sobre precios de transferencia del Estatuto Tributario, “[...] serán aplicables [...]” las guías de la OCDE. Podría concluirse que tales guías tienen el carácter de normas interpretativas; tal podría ser el entendimiento de la referida remisión por cuanto el imperativo que contiene, implica claramente que las guías de la OCDE delimitan las posibilidades interpretativas que pudieran derivarse de las normas del Estatuto Tributario sobre precios de transferencia y, en esa medida, supone una restricción al contenido de la ley a cuya interpretación se aplica. Tal característica, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, es propia de las normas interpretativas.

De lo anterior se concluye que la interpretación en los casos concretos terminaría por convertirse en una regla general de interpretación que se incorporaría a la ley interpretada, y además, dado el carácter imperativo que se desprende de la ley, ya no se trataría de una mera opción interpretativa, sino de una fijación de sentido de carácter vinculante; así, por ejemplo, no podría la DIAN interpretar una de las disposiciones del capítulo sobre precios de transferencia, de manera distinta a aquella que resulte de las guías de la OCDE. Si ello ocurriera así, de manera paradójica, se estaría desconociendo el principio de legalidad que impone una determinada manera de interpretar la ley, puesto que le fija como único sentido posible el contenido en las guías. Y como lo sostiene en su concepto el OCDE, ese sería un elemento de determinación del tributo. El problema reside en que la disposición que hace la determinación no tiene rango de ley, y no puede, por consiguiente, interpretar con alcance

imperativo el sentido de la ley, ni constituye norma válida en Colombia, para que pudiese admitirse que tiene capacidad para precisar, en la esfera reglamentaria, las indeterminaciones que, en los niveles que resulten constitucionalmente admisibles, estén presentes en la ley.

Se tiene, entonces, que las guías de la OCDE, no son normas jurídicas de un tratado internacional aprobado por Colombia —en realidad son una especie de derecho derivado y programático en el seno de la propia OCDE— y no han sido incorporadas al ordenamiento interno colombiano. Por tal razón, no pueden tener fuerza vinculante, ni la ley puede dársela por la vía indirecta de establecerlas como pautas interpretativas obligatorias; tales disposiciones no serían susceptibles de control judicial en Colombia y sobre ellas no se habría ejercido el previo control de constitucionalidad, que la Constitución ha establecido como requisito sin el cual, un tratado regularmente acordado por Colombia, no puede entrar a regir en el ordenamiento interno.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional declaró inexecutable la remisión contenida en el artículo 260-9 del Estatuto Tributario; pero ello no quiere decir que tales guías no constituyan una herramienta interpretativa valiosa en un tema complejo y cambiante como el de los precios de transferencia, pero sí que las mismas no pueden tener alcance vinculante en Colombia.

B) *Jurisprudencia: Estados Unidos de Norteamérica*

Ficha básica:

Sentencia de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA de los Estados Unidos, 28 de febrero de 2006.

Asunto: Recurso de casación intentado por Texaco Inc. y Shell Oil Company, respecto de la decisión previa rendida por la Corte de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos de Norteamérica.

Antecedentes del problema y norma presuntamente violada

Los demandantes (Texaco Inc. y Shell Oil Company) se aliaron a través de un acuerdo de inversión conjunta o *joint venture* denominado “Equilon Enterprises”, para refinar y vender gasolina en el oeste de los Estados Unidos bajo las marcas originales de ambas compañías, para lo cual Equilon fijó un precio único para ambas marcas.

Las estaciones de servicio de gasolina de la región incoaron una demanda alegando que con tal unificación de las dos marcas de gasolina bajo un mismo precio, Texaco y Shell, habían violado la regla *per se* de prohibición a la fijación de precio o colusión, establecida en la Ley Sherman o Ley Antimonopolios de Estados Unidos.

La Corte del Distrito en primera instancia determinó que era la regla de la razón, en lugar de la regla *per se*, la que gobierna la reclamación de los distribuidores de gasolina y que sobre la base del mismo, estos habían fracasado en establecer una violación a la ley; sin embargo, el tribunal de apelación falló en sentido contrario, al considerar que el acuerdo de Texaco y Shell implicaba una excepción ilegítima de normativa.

Consideraciones y decisión de la Suprema Corte de Justicia (scj)

La scj determinó que no constituye una violación a la regla *per se* que prohíbe la fijación de precios, en casos de acuerdos legales y económicamente integrados de *joint ventures*, que fijen los precios de sus productos, toda vez que si bien el Alto Tribunal consideró la previsión de la Ley Sherman que prohíbe “todo contrato o combinación [...] que restrinja el comercio”, recordó que no debía realizar una interpretación literal de la prohibición, reconociendo, en su lugar, la previsión se refiere a acuerdos que irrazonablemente restringen el comercio.

Así mismo, aclaró que bajo el análisis de la regla de la razón, los demandantes en un caso de prácticas anticompetitivas deben demostrar que un contrato o concertación particular es en realidad irrazonable y anticompetitivo y que la responsabilidad *per se* está reservada exclusiva y expresamente para los “acuerdos llanamente anticompetitivos”.

Explicó la Suprema Corte que mientras los acuerdos de fijación de precios “horizontales” entre dos o más competidores son ilegales *per se*, este caso no representa tal tipo de acuerdo en vista de que Texaco y Shell no compiten la una contra la otra en el mercado relevante. Es decir, la venta de gasolina en las estaciones de servicio del oeste, sino que en lugar de ello, estas empresas participan conjuntamente a través de Equilon, y por tanto, se trata de dos empresas que en otro escenario estarían compitiendo, pero que en esta ocasión unieron su capital y su cuota de riesgos y oportunidades para obtener beneficios. En tal sentido, son vistas como una sola empresa por otros vendedores en el mercado y como tal, la opinión definitiva de la justicia estadounidense es que la política de precios de Equilon puede considerarse fijación de precios en sentido literal, no así en sentido *antitrust* antimonopolios.

En esta reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos contiene explícitamente los siguientes puntos:

- El tratamiento *per se* es reservado solo para aquellos acuerdos que son tan llanamente anticompetitivos que no se requiere un elaborado estudio de la industria para establecer su ilegalidad.
- La SCJ ha expresado su reticencia de adoptar la regla *per se* donde el impacto económico no es obvio de manera inmediata.
- Los acuerdos de fijación de precios entre dos o más competidores, también conocido como acuerdos horizontales

de fijación de precios, caen dentro de la categoría de aquellos acuerdos ilegales *per se*, pero en este caso no se presenta este tipo de acuerdo entre Texaco y Shell, porque no están actuando frente al comercio como competidores.

C) *Jurisprudencia: Unión Europea – España*

Ficha básica:

Resolución expediente 526/01, Madrid, España, 10 de octubre de 2002, el PLENO DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Asunto: Denuncia en contra de los Colegios Oficiales de Médicos de Baleares, Cantabria, Gerona, Cádiz, Huelva, Castellón, Alicante, Ciudad Real, Córdoba, Las Palmas, Orense, Salamanca, Sevilla, Valencia, Valladolid, Zamora y Zaragoza, por supuesta conducta prohibida por la ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la distribución y venta de los certificados médicos oficiales, por parte de los Colegios denunciados, a un precio superior al establecido por la Organización Médica Colegial.

Antecedentes del problema

El 21 de diciembre de 1998 se presentó en el Servicio de Defensa de la Competencia denuncia contra los Colegios Oficiales de Médicos de Baleares, Cantabria, Gerona, Cádiz, Huelva, Guipúzcoa, Castellón, Alicante y el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. Los hechos que se exponían en la denuncia consistían en que los Colegios y el Consejo denunciados, en la distribución y venta de los certificados médicos de las clases 10, 30, 50 y 70, imponían precios superiores a los legalmente permitidos y autorizados por la Administración.

El denunciante solicita que se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia, consistente en la fijación de honorarios mínimos de los servicios médicos

necesarios previos a la extensión de los certificados médicos al fijar un precio superior al establecido por la OMC, de la que son responsables los Colegios Oficiales de Médicos imputados.

Norma violada y concepto de la violación

Artículos 1, 6, 7 y 49 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), el accionante estima que dicha conducta infringe tanto el artículo 1 como el 6 de la LDC, pero que, ante la imposibilidad de sancionar por ambas infracciones, los elementos del abuso prevalecen sobre los colusorios, por lo que la conducta de los Colegios imputados infringe el artículo 6.2.a) de la referida Ley de Defensa de la Competencia.

Naturaleza del problema

La cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si la actuación de los Colegios Oficiales de Médicos expedientados, es o no es constitutiva de infracción de la Ley de Defensa de la Competencia. El Servicio sostiene que los Colegios Provinciales de Médicos tienen una clara posición de dominio en la distribución de los certificados médicos de la OMC; habida cuenta de que, conforme al artículo 58 de sus estatutos, tienen atribuida en exclusiva en el ámbito territorial donde actúan, la distribución de los referidos certificados y considera que los Colegios Oficiales de Médicos imputados a través de los taloncillos adheridos a los certificados médicos de la OMC o de la sobreimpresión en estos de un precio superior al establecido por el Consejo General de Colegios de Médicos, en concepto de porcentaje de honorarios mínimos profesionales previos a la extensión del certificado médico, están fijando unos honorarios mínimos por un servicio médico necesario, impidiendo que cada profesional cobre por el reconocimiento previo lo que crea oportuno, lo cual revierte en una fijación de honorarios.

Los Colegios Oficiales de Médicos expedientados niegan la infracción de precepto alguno de la LDC, basando esencialmente su argumentación en la existencia de una serie de ilegalidades, unas relativas a vulneraciones en la tramitación del expediente y otras referentes a la tipificación de la conducta imputada. Así mismo, los imputados argumentan que los hechos alegados no se encuentran tipificados en el artículo 6.2.a) de la LDC, toda vez que los Colegios no tienen posición de dominio ni han podido abusar de la misma ni se puede afirmar que la cantidad por ellos fijada no sea “equitativa”, habida cuenta de su escasa cuantía, estimando que, dada su escasa importancia, este expediente debería ser archivado.

Alegan también los Colegios imputados la falta de competencia de este tribunal para examinar los hechos objeto de este expediente, fundamentando esta alegación en diversas consideraciones:

- Los Colegios no tienen la condición de operadores económicos al ser corporaciones públicas; no son empresas y, por tanto, no les es de aplicación la LDC.

- Además, este tribunal carece de competencia, toda vez que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, del 11 de noviembre, han de ser las respectivas Comunidades Autónomas las que enjuicien hechos como los que son objeto de este expediente.

- El M1 de Economía declaró ya su falta de competencia en 1997, en relación con los precios de los certificados médicos; de manera que este tribunal no puede ir ahora contra lo declarado en su día, so pena de vulnerar la doctrina de los propios actos.

Consideraciones y fallo del Tribunal de Defensa de la Competencia

En primer lugar, el Tribunal examina las alegaciones relativas a los defectos del procedimiento, pues varios de los Cole-

gios denunciados alegan la caducidad del expediente al haber superado la tramitación del mismo ante el Servicio el plazo de seis meses establecido en el artículo 6.2 del R.D. 1398/1993, del 4 de agosto, y desestima sus pretensiones.

Por otro lado, el Tribunal desestima el argumento de indefensión presentado por algunos Colegios imputados, la existencia de indefensión; argumentando desconocimiento de los hechos que se les imputan y que no se les ha dado traslado de las alegaciones del denunciante al Pliego de Concreción de Hechos.

Con relación al argumento de fondo presentado por los denunciados, al afirmar que existe inconcreción de la tipificación de la conducta, el Tribunal afirma que los que se imputan por el Servicio quedan perfectamente determinados y tipificados en el artículo expresado por el mismo quien, claramente, solicita la declaración de la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC, consistente en fijar, a través de taloncillos o de la sobreimpresión en estos, un precio superior al establecido por la OMC para los certificados médicos, fijando unos honorarios mínimos por un servicio médico necesario, impidiendo que cada profesional cobre por el reconocimiento previo a la extensión del certificado lo que crea oportuno.

El Tribunal señala que el artículo 129.1 de la ley 30/92, del 26 de noviembre, dispone que “solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales por una ley”. Dicho precepto, como señala el Tribunal Supremo (entre otras, SS, Sala 30, sec. 30, del 26 de diciembre de 1996), se traduce en la exigencia de predefinición normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, de manera que la norma punitiva aplicable permita predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen infracción, el tipo y el grado de sanción. La garantía de determinación tiene como complemento

la tipicidad, que impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que estén fuera de las fronteras que marca la norma sancionadora; en consecuencia, el argumento de la atipicidad también es desestimado.

En lo concerniente a la falta de competencia alegada por los Colegios, el Tribunal aclara que si bien es cierto que no pueden ser considerados empresas, ha de señalarse que es doctrina reiterada de este tribunal, consolidada por la Audiencia Nacional (sent. 21-6-02), que los Colegios Profesionales, cuando defienden intereses privados, actúan como cualquier asociación empresarial, siendo agentes económicos, y que le corresponde al Tribunal el análisis de sus conductas, toda vez que la LDC es una ley de ámbito general, sin excepciones sectoriales, que obliga a todos los sujetos públicos y privados y ha de ser respetada por todos ellos en sus actuaciones. En este sentido se ha pronunciado también la Comisión Europea (decisión 1999/267 - Asunto IMA), declarando que este tipo de asociaciones constituye una “asociación de empresas, como cualquier otra agrupación profesional garantizando la defensa de los intereses colectivos e individuales de sus miembros, sin que el hecho de que pueda actuar en interés general o de que se le asignen facultades normativas desvirtúe dicho concepto”.

Por lo que se refiere ya al fondo del asunto, la conducta objeto de sanción, consistente en el establecimiento por parte de los Colegios imputados, en los certificados médicos de la OMC que distribuyen, de un importe superior al establecido por la Asamblea del Consejo Médico lo que, a juicio del Servicio, supone la fijación de unos honorarios mínimos por un servicio médico que ha de ser libre. El Tribunal considera que los Colegios imputados han cometido una infracción prevista en el artículo 6 de la LDC, puesto que en el expediente está suficientemente demostrada la realización de estos por los Colegios imputados.

En definitiva, el Tribunal considera que es clara la posición de dominio de los imputados desde el momento en que los Colegios, por disposición legal, son los únicos competentes para distribuir, en el ámbito de su territorio, los certificados médicos de la OMC. Y que se probó ampliamente que los Colegios imputados han establecido el precio de venta de los certificados médicos en un precio superior al fijado por la Asamblea de la OMC en 1997; supeditando su extensión (en unos casos con taloncillos adheridos al certificado y, en otros, mediante sobreimpresión) al pago de una cantidad fija en concepto de honorarios por el reconocimiento del médico que extiende el certificado, están fijando unos honorarios mínimos, en contra de lo dispuesto en la LCP tras la reforma operada por ley 7/1997, que no permite a los Colegios la fijación de aquellos impidiendo con dicha conducta que cada profesional cobre lo que crea oportuno y trasladando al usuario el costo de una carga colegial. Y, por tanto, ha de estimarse que dicha conducta se encuentra perfectamente tipificada en el artículo 6 de la LDC, y ello, aunque la cantidad cobrada no parezca en principio excesiva, pues no puede desconocerse que con dicha conducta de los Colegios imputados se ha visto afectada la mayor parte del territorio nacional y, de modo directo, todos los usuarios a quienes los Colegios han impuesto el cobro de las referidas cantidades de modo indebido.

Señala finalmente el Tribunal que no se puede calificar la referida conducta de “escasa importancia”, pues la fijación de precios constituye una de las infracciones más graves del Derecho de la Competencia, e indica, además, la imposibilidad de aplicar el artículo 1.3 de la LDC que, como es sabido, solo afecta a los “acuerdos” de escasa importancia y no a los supuestos, como ocurre en el caso presente, en el que nos encontramos ante un abuso de posición de dominio.

A tal efecto, el artículo 10 de la LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, establece la posibilidad de castigar las

infracciones del artículo 6 con multas de hasta 901.518,16 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución del Tribunal. Sobre esta base, para graduar la sanción tiene en cuenta como punto de partida, la gravedad de la infracción y así ha de calificarse en todo caso como grave la fijación de precios en cuanto que constituye un elemento imprescindible en el proceso de elección de un bien o servicio, así como que el abuso de posición de dominio es particularmente grave cuando dicha posición ha sido establecida.

Por todo ello, el Tribunal estima proporcionado y adecuado fijar una multa de 12.020 euros a cada uno de los Colegios imputados, que ha de reducirse a la mitad; es decir, a la cantidad de 6.010 euros en el caso del Colegio de Gerona, habida cuenta de que él, por acuerdo del 23 de febrero de 1999, modificó dicho sistema distribuyendo desde entonces los impresos de los certificados médicos al precio fijado por la OMC.

El Tribunal consideró que por razones de ejemplaridad, se le diera amplia difusión a la resolución sancionatoria y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, se ordenó la publicación de la parte dispositiva de esta resolución en el “Boletín Oficial del Estado” y en la sección de economía de dos diarios nacionales de información general y de mayor circulación; estimando también oportuno, al amparo de lo establecido en el artículo 46.2 de la LDC, ordenar a los Colegios imputados que den traslado de la parte dispositiva de esta resolución a los respectivos colegiados en el plazo de un mes.

11. CONCLUSIONES

La fijación de precios como práctica competitiva sancionable está relacionada con la defensa de la competencia, en

la búsqueda estatal de la denominada libre competencia, por cuanto es un factor fundamental para garantizar el adecuado desarrollo de la economía. Si tratáramos de resumir los principios básicos de la actuación de las autoridades gubernamentales colombianas en materia de competencia, podríamos decir que el único y principal objetivo de las autoridades de defensa de la competencia es la protección de los consumidores, pero siempre teniendo en cuenta que las leyes de defensa de la competencia no deben servir para aislar algunas empresas de los procesos competitivos que caracterizan una economía de mercado, pues la competencia produce inevitablemente ganadores y perdedores entre las empresas que operan en un mismo mercado.

Desde el punto de vista mundial, la época de ejercer la competencia sin limitaciones ha pasado y la vertiente que prevalece es la conciencia de que el mundo real de la economía presenta ciertos desequilibrios que no pueden ser corregidos por la mera actuación de las fuerzas del mercado competitivo, y en este sentido, en la actualidad se comprende casi unánimemente que una moderada política de regulaciones puede hacer mucho bien a la economía⁷⁴.

En las últimas décadas, se ha intensificado el proceso que se conoce como “globalización”. Este término describe una serie de tendencias entre las cuales se encuentran el aumento del intercambio y comercio transfronterizo, la mayor importancia que adquiere el capital privado, el incremento de la inversión extranjera directa por parte de corporaciones multinacionales y la liberalización de sectores que antes estaban bajo control o propiedad del Estado. Es así que la competencia ha llegado más que nunca a un número mucho mayor de regiones y

⁷⁴ N. G. MANKIW, *Economía*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana de España S. A., 1995.

países, y las prácticas que pueden sofocar esa competencia se han vuelto más visibles, en particular en aquellos casos donde los monopolios del Estado han sido sustituidos por monopolios privados, los cuales constituyen los denominados carteles que involucran empresas que acuerdan entre ellas restringir la producción, dividir los mercados y fijar precios.

Existe un problema clave para sancionar la fijación de precios en el ámbito internacional, y es porque la competencia de las autoridades se ve limitada geográficamente al país en el cual están situadas; es decir, que las autoridades pueden experimentar una cierta dificultad para emprender acciones judiciales con respecto a determinados casos cuando la información se encuentra fuera del país o cuando la actividad anticompetitiva se lleva a cabo en otra parte, como el caso del cartel en el mercado de carbón en trozos en Turquía, donde la investigación realizada por la Autoridad de Competencia de Turquía (TCA) reveló que los precios del carbón habían subido notablemente como resultado de la fijación de precios por parte de varias empresas, dos de las cuales tenían casa matriz en ultramar, una en Suiza y la otra en Austria. Las empresas nacionales fueron multadas por su participación en el cartel, mientras que a la única firma extranjera que se encontró culpable no se le pudo imponer una multa.

Por lo anteriormente expuesto, es necesario fortalecer los acuerdos de cooperación internacionales, acompañados de una fomentación de la cooperación informal entre autoridades que enfrentan abusos similares, y reforzados con una disposición de “cortesía positiva”, que permita que a las transgresiones a la norma de competencia en una jurisdicción se le pueda interponer una acción judicial en otra.

La legislación colombiana comparada con la defensa de la competencia en Europa, muestra ciertos vacíos, toda vez que la Comunidad Europea protege a los consumidores frente al

poder del mercado de ciertas empresas. Pero este es solo un objetivo entre varios; las autoridades comunitarias se preocupan de otros objetivos tales como la protección de la pequeña y mediana industria, el empleo, la unidad de mercado interior, etc.

En la actualidad, el concepto de la fijación de precios como práctica competitiva sancionable en Colombia está en un momento de suspenso o espera, con relación a la definición de su vertiente fundamental. Puesto que de hacer carrera la tesis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la labor de la Superintendencia de Industria y Comercio se complicaría significativamente, ya que para demostrar la anticompetitividad de las conductas tendría que indagar y probar con apoyo de un análisis económico considerable, lo bueno o lesivo de la conducta que se imputa, bajo conceptos netamente subjetivos.

El sistema sancionatorio colombiano necesita desarrollar un sistema de graduación objetiva de la pena, teniendo en cuenta aspectos fundamentales como el nivel de activos de la empresa, o el volumen de comercio involucrado en la infracción cometida, acompañando este escenario con una filosofía correctiva por parte de las autoridades donde sea una prioridad fundamental establecer multas significativas y ejemplarizantes.

El mecanismo procesal de la garantía existente en la legislación colombiana debe ser regulado con carácter urgente, toda vez que debido a la falta de definición de sus alcances y procedibilidad se constituye en una herramienta de impunidad frente a las conductas que afectan la libre competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO, J.: “Aspectos generales del derecho de la competencia”, C. d. Medellín, *Derecho de la competencia*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2003.
- BETANCOURT, B.: “Aproximaciones al derecho de la competencia”, en M. VELILLA, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante Editores, 1998.
- Concepto 021133942 (Superintendencia de Industria y Comercio, 23 de enero de 2003).
- Consejo de Estado, sección primera, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 25000-23-24-000-2000-00657-01 (8101) (9 de octubre de 2003).
- Consejo de Estado, sección primera, C. P. Manuel Santiago Urueta Ayala, 25000-23-24-000-2000-00665-01 (23 de enero de 2003).
- Consejo de Estado, sección primera, C. P. María Claudia Rojas Lasso, 25000232400020010036401 (8 de enero de 2010).
- Consejo de Estado, sección primera, C. P. Olga Inés Navarrete Barro, 25000-23-24-2000-00563-01 (7793) (22 de noviembre de 2002).
- Consejo de Estado, sección primera, C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, 25000-23-24-000-2002-00678-01 (30 de noviembre de 2006).
- JAECKEL, J.: “Apuntes sobre competencia desleal”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, *Jurídicas Seminarios 8*, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, 1998.
- LONDOÑO, F.: “Significado o no del derecho de la competencia”, en M. VELILLA, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante Editores, 1998.
- MÁRQUEZ, F.: *Apuntes sobre derecho económico*, Bogotá, Fundación Cultural Javeriana, 2007.

- MIRANDA, A.: “Abuso de la posición dominante”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, *Colección Seminarios 5*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1997.
- MOLINA, C.: “Constitución y competencia”, C. d. Medellín, *Derecho de la competencia*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2003.
- PALACIO, R.: “Aspectos generales del derecho de la competencia desleal”, C. d. Medellín, *Derecho de la competencia*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2003.
- Resolución 27759 (Superintendencia de Industria y Comercio, 1999).
- Resolución 6111 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2000).
- Resolución 29302 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2000).
- Resolución 670 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).
- Resolución 8231 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).
- Resolución 15653 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).
- Resolución 20229 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).
- Resolución 36903 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2001).
- Resolución 8310 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003).
- Resolución 9727 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003).
- Resolución 16200 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003).
- Resolución 36903 (Superintendencia de Industria y Comercio, 2003).
- Sentencia C-535, D-1598 (Corte Constitucional, 23 de octubre de 1997).
- Sentencia C-815, D-3367 (Corte Constitucional, 2 de agosto de 2001).
- Sentencia C-616, D-3279 (Corte Constitucional, 13 de junio de 2001).
- Sentencia C-389, D-3765 (Corte Constitucional, 22 de mayo de 2002).
- Sentencia C-150, D-4194 (Corte Constitucional, 25 de febrero de 2003).
- Sentencia C-228, D-7865 (Corte Constitucional, 24 de marzo de 2010).
- Sentencia T-375, T-130126 (Corte Constitucional, 1997).
- Sentencia T-583, T-701705 (Corte Constitucional, 2003).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Ayda Vides Paba, 11001-23-24-000-2000-00550 (3 de marzo de 2005).

- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Ayda Vides Paba, 2002-00967 (7 de mayo de 2009).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Freddy Ibarra Martínez, 25000-23-24-000-2001-0129-01 (29 de noviembre de 2007).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Ligia Olaya de Díaz, 2001-00364 (27 de noviembre de 2003).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Marta Álvarez del Castillo, 2000-00657 (4 de abril de 2002).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Marta Álvarez del Castillo, 2000-00531 (10 de abril de 2003).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Susana Buitrago Valencia, 2000-00438 (17 de junio de 2004).
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección primera, M. P. Susana Buitrago Valencia, 25000232400020030087900 (8 de febrero de 2007).
- United Brands Company vs. United Brands Continental vs. Comisión Comunidad Económica (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 14 de febrero de 1978).
- VELANDIA, M.: *Derecho de la competencia y del consumo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- ZULUAGA, M.: “La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia”, en M. VELILLA, *Derecho de la competencia*, Bogotá, El Navegante Editores, 1998.
- Fuentes:*
- ALMONACID SIERRA, J. J.: *Derecho de la competencia: abuso de la posición dominante, competencia desleal, uso indebido de información privilegiada*, Bogotá, Edit. Legis, 1998.
- AREEDA, P. y HOVENKAMP, H.: *Fundamentals of antitrust law*, New York, Aspen Publishers, 2003.
- BARONA VILAR, S.: *Competencia desleal, tutela jurisdiccional (especialmente proceso civil) y extrajudicial. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

- BELLAMY, C.: *Derecho de la competencia en el mercado común*, Madrid, Edit. Civitas, 1992.
- BERCOVITZ RODRIGEZ CANO ALBERTO: *Apuntes del Derecho Comercial*, Editorial Aranzadi, 2012.
- DÍEZ ESTELLA, F.: *La discriminación de precios en el derecho de la competencia*, Madrid, Thomson Civitas, 2003.
- FERNÁNDEZ DE LA GÓNDARA, L. y CARAVOCA, A. L.: *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1995.
- FERNÁNDEZ-LERGA GARRALDA, C.: *Derecho de la competencia: Comunidad Europea y España*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1994.
- GÓMEZ LEYVA: *Tratado de defensa de la libre competencia*, Pontificia Universidad del Perú, Fondo Editorial, 2002.
- LONDOÑO, A. MIRANDA: *Compilación de normas sobre derecho de la competencia en Colombia*, referencias jurisprudenciales, concordancias y anotaciones, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 2005.
- MORALES ALZATE, J. J.: *Derecho económico constitucional colombiano comparado con el derecho administrativo*, Bogotá, Edic. Doctrina y Ley, 2010.
- Organización Mundial del Comercio. *Entender la OMC*, 4ª ed., 2008.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO: *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, Edit. Temis.
- RUBIO ESCOBAR, J.: *Derecho de los mercados*, Bogotá, Edit. Legis, 2007.
- TAYLOR, J.: *Glosario de economía*, www.lablaa.gov.co: Biblioteca virtual del Banco de la República, 2004.
- VELANDIA, M.: *Derecho de la competencia y del consumo*, Bogotá, Universidad Externado, 2008.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A.: *Derecho europeo de la competencia. Anti-trust e intervenciones públicas*, Valladolid, Edit. Lex Nova, 2005.
- VELILLA, M.: *Derecho de la competencia*, Biblioteca Nuevo Milenio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, Bogotá, Edit. El Navegante Editores, 1998.
- ZUCCHERINO, D.: *Derecho económico empresarial*, Buenos Aires, Edit. Errepar, 2000.

Revistas especializadas:

- IBARRA PARDO, G. y MIRANDA LONDOÑO, A.: “La práctica de fijación unilateral de precios y su aplicación en Colombia”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC, IV), *Colección Seminarios 12*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.
- JAECKEL, J.: “Apuntes sobre competencia desleal”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC, II), *Colección Seminarios 8*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- MIRANDA LONDOÑO, A.: “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC), *Colección Seminarios 5*, 2ª ed., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1997.

Actos administrativos de la Superintendencia de Industria y Comercio:

- Acuerdos de la OMC, entre ellos: GATT 1994, Subsidies and countervailing measures (SCM agreement).
- Informes de los órganos de solución de diferencias de la OMC.
- Informes de los grupos especiales y del órgano de apelación.
- Jurisprudencias Consejo de Estado
- Jurisprudencias Corte Constitucional
- Jurisprudencias Corte Suprema de Justicia

Páginas web consultadas:

- <http://www.secretariadelsenado.gov.co/>
- <http://www.lablaa.org/>
- <http://www.lexbase.com/>
- <http://www.wto.org/>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/>
- <http://www.emercatoria.edu.co/>
- <http://www.derechoytics.uniandes.edu.co/index.php?numero=3&tipo=Ensayos>
- <http://www.derechoprivado.uniandes.edu.co/>

NOTAS

NOTAS

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN
LOS TALLERES DE NOMOS IMPRESORES,
EL DÍA CINCO DE MARZO DE DOS MIL CA-
TORCE, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO
DE JOHN-HENRY WIGMORE (n. 5, III,
1863 y m. 20, IV, 1943).

LABORE ET CONSTANTIA