

**LOS PRECIOS PREDATORIOS COMO UNA FORMA
DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE**

**IVÁN LENIN MUÑOZ MALEZ
ROBERTO CARMELO NANDAR CASTELLANOS**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
SAN JUAN DE PASTO**

2013

**LOS PRECIOS PREDATORIOS COMO UNA FORMA
DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE**

**IVÁN LENIN MUÑOZ MALEZ
ROBERTO CARMELO NANDAR CASTELLANOS**

Trabajo de Grado para optar al título de:

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

Asesora

Doctora CATALINA ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
SAN JUAN DE PASTO**

2013

NOTA DE RESPONSABILIDAD

Las ideas y conclusiones aportadas en el Trabajo de Grado son de responsabilidad exclusiva de los autores.

Artículo 1º del Acuerdo No. 324 del 11 de octubre de 1966, expedido por el Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación:

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

San Juan de Pasto, diciembre de 2013.

AGRADECIMIENTOS

A la Doctora CATALINA ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO, docente de posgrados de la Universidad de Nariño, quien de manera incondicional y con la amabilidad que siempre la caracteriza, dedicó parte de su tiempo a brindarnos su valiosa colaboración en la asesoría y revisión de este Trabajo de Grado.

A mi madre, quien en vida hizo todo para que pudiera alcanzar mis sueños. Por haber sido mi fortaleza en los momentos de debilidad y enseñarme que con disciplina y esfuerzo se puede llegar lejos. A ti por siempre mi corazón y agradecimiento.

IVÁN LENIN MUÑOZ MALEZ

A Dios, por regalarme el don de la vida.
A mis padres, por su cariño siempre incondicional.

ROBERTO NANDAR CASTELLANOS

RESUMEN

El ordenamiento jurídico permite alcanzar y mantener una posición de dominio si el agente económico la logra a través de actos de competición leales y transparentes como la eficiencia empresarial, la calidad de los bienes o servicios, la innovación tecnológica, la seriedad contractual, etc.; pero reprocha y sanciona que una vez adquirida esa capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquiera otra variable sensible para el mercado relevante, se recurra a prácticas abusivas e irregulares como la fijación temporal de precios por debajo de los costos medios totales con la intención de eliminar a uno o varios competidores, prevenir su expansión o bloquearles la entrada al mercado, porque con ello no solo se restringe el desarrollo de la libre y sana competencia, sino que también se causa un daño al bienestar social en la medida que se afectan los intereses económicos de los consumidores.

ABSTRACT

The legal system allows us to achieve and keep a position of dominance, if the economic agent achieves it through acts of loyal and transparent competition as business efficiency, quality of goods or services, technological innovation, contractual seriousness, etc. But at the same time, it criticizes and imposes sanctions to the fact that, once acquired the ability of modifying unilaterally and meaningful the price, the offered amounts, or any other sensitive variable for the relevant market; the economic agent resorts to abusive and irregular practices such as, the temporary fixation of prices under the total media costs with the aim of eliminate one or more competitors, prevent their expansion or block their entrance to the market. Therefore, it not only restricts the development of free and fair competition but also, it causes damages to the social welfare insofar as it affects the economic interests of the consumers.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

CAPÍTULO 1

LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

1.1. Comentarios Preliminares.....	15
1.1.1. Concepto de Competencia Económica.....	18
1.1.2. Concepto de Política de Competencia Económica.....	20
1.2. La Libre Competencia Económica en la Constitución Política de 1991.....	22
1.3. Marco Legal de la Libre Competencia Económica.....	29
1.4. Concepto de Derecho de la Competencia.....	31
1.5. Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia.....	32
1.5.1. Clases de Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia.....	34
1.5.1.1. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia.....	35
1.5.1.2. Actos contrarios a la Libre Competencia.....	37
1.5.1.3. Integración de Empresas.....	38
1.5.1.4. Abuso de la Posición Dominante.....	39
1.5.2. Indemnización de perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia.....	39

CAPÍTULO 2

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

2.1. Concepto de Posición Dominante.....	42
2.2. Legalidad de la Posición Dominante.....	44
2.3. Factores para determinar la Posición Dominante de una empresa.....	46
2.4. El Abuso de la Posición Dominante.....	49

CAPÍTULO 3
LOS PRECIOS PREDATORIOS COMO UNA FORMA
DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

3.1. Concepto de Prácticas Predatorias.....	53
3.2. Tipos de Prácticas Predatorias.	54
3.3. Concepto de Precio en una Economía de Mercado.....	56
3.4. Concepto de Precios Predatorios.	57
3.5. Presupuestos de los Precios Predatorios.	61
3.6. Elementos de los Precios Predatorios.	63
3.6.1. Elemento Objetivo.....	64
3.6.2. Elemento Subjetivo.	69
3.7. Pronunciamientos de la SIC sobre Precios Predatorios.	74
CONCLUSIONES	87
BIBLIOGRAFÍA.....	92

GLOSARIO

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: Explotación desmedida y arbitraria por parte de uno o varios agentes económicos, de la posición de dominio que tienen en el mercado relevante en el cual participan, hasta el punto de quebrantar las reglas y principios que gobiernan a la libre competencia y causar un daño en el bienestar social.

COMPETENCIA ECONÓMICA: Conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.

DERECHO DE LA COMPETENCIA: Conjunto de normas que protegen la libre competencia y los intereses de los consumidores.

POLÍTICA DE LA COMPETENCIA: Conjunto de disposiciones emanadas del Gobierno Nacional que tienen como fin orientar el orden económico hacia la promoción de la eficiencia y el bienestar general mediante la modificación del comportamiento de las empresas y de la estructura de la industria.

POSICIÓN DOMINANTE: Poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable.

PRÁCTICAS PREDATORIAS: Actividades directas o indirectas que contribuyen de manera significativa a la creación, mantenimiento o expansión de un monopolio, con la correlativa eliminación o debilitamiento de los competidores, pero que no son propias de la libre y sana competencia empresarial.

PRECIO: Cantidad de dinero que los compradores deben pagar para beneficiarse, usar o disfrutar de un determinado producto o servicio.

PRECIOS PREDATORIOS: Disminución de precios por debajo de los costos medios totales cuando tengan por objeto eliminar a uno o varios competidores o prevenir su entrada o expansión dentro del mercado.

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio.

INTRODUCCIÓN

Los estudios de pregrado de la carrera de derecho por lo general no incluyen materias relacionadas con el derecho de la competencia, razón por la cual, la persona que desee profundizar sus conocimientos sobre políticas de competencia, prácticas comerciales restrictivas, competencia desleal o leyes de protección al consumidor, debe aproximarse por cuenta propia a estos temas de entera actualidad y tan complejos como apasionantes. De ahí que este trabajo, además del cumplimiento de un requisito para optar al título de especialistas en derecho comercial, es una invitación formal para que el lector despierte su interés por el derecho de la competencia, o al menos, por alguno de sus componentes.

También es cierto que esta rama del derecho es muy extensa y se necesitaría de varias obras para abordarla con meridianas suficiencia y claridad. Por tal motivo, este documento se concreta al estudio de los precios predatorios como una de las formas de abuso de la posición dominante, aunque para contextualizar el tema, se hacen breves comentarios sobre la libre competencia, la posición dominante y el rechazo de su abuso.

En ese orden, el trabajo consta de tres capítulos claramente delimitados pero consecuentes entre sí. En el primero de ellos, se hace referencia al tratamiento que se le da a la libre competencia en la Carta Política de 1991, estudio que se acompaña de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional. De igual forma, se conceptualizan de manera sucinta las prácticas comerciales restrictivas.

En el segundo capítulo se aborda el tema de la posición dominante, su legalidad, la prohibición de su abuso, los elementos que configuran dicho abuso y se termina con comentarios de los conceptos uniformes que ha emitido la Superintendencia de Industria y Comercio frente al abuso de la posición de dominio.

Finalmente, en el tercer y último capítulo, se habla de los tipos de prácticas predatorias y se profundiza en el concepto, los presupuestos y los elementos de que se componen los precios predatorios, mismos que según el numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se conciben como 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 éstos. El capítulo termina con la cita de pronunciamientos que la Superintendencia de Industria y Comercio ha hecho frente a esta forma de abuso de la posición dominante.

CAPÍTULO 1

LA LIBRE COMPETENCIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

1.1. Comentarios Preliminares.

Históricamente, la desigualdad en el reparto inicial de la propiedad y la entrada en funcionamiento del sistema capitalista que transformó la riqueza en renta, fueron objeto de muchas críticas de parte de los corrientes sociales que exigieron la intervención del Estado para adoptar medidas que logren una mayor equidad social¹.

La crisis de 1929 que generó la depresión económica de los años treinta y la falta de confianza en el mercado como mecanismo para garantizar el uso eficiente de los recursos, también favoreció un cambio de pensamiento porque planteó la necesidad de una mayor intervención de los Estados en la dirección y organización de la economía para aminorar los efectos negativos de las recesiones², principalmente el aumento del desempleo provocado por el cierre de las empresas que no podían soportar la falta de flujos de capital.

De igual forma, la provisión de bienes y servicios públicos por parte del Estado se acentuó después de la segunda guerra mundial, cuando en Europa se generalizó la convicción de que éste sujeto económico es el que debe impulsar el crecimiento de la economía³.

¹ LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. Recuperado de: <https://sites.google.com/site/economia20parabachillerato/temario/tema-9-el-estado-y-la-politica-economica/1-la-intervencion-del-estado-en-la-economia>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

² *Ibidem*.

³ INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos6/inter/inter.shtml>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

Es innegable que con el proceso de consolidación del capitalismo, se universalizó el intercambio de mercancías, tierra, trabajo y capital. Sin embargo, la formación de estos nuevos mercados necesitaban de un marco normativo para funcionar adecuadamente, sobre todo cuando a través de la construcción de infraestructura y la producción de bienes y servicios, el objetivo de este sistema económico es conseguir una rentabilidad estable pero privada, es decir, no preocupada por enfrentar y buscar solución a los problemas sociales⁴.

Bajo estas consideraciones, el principal elemento que parece explicar la intervención del Estado en la economía del sistema capitalista, es la insuficiencia de los mecanismos de los mercados para asegurar por sí solos un desarrollo económico justo, equilibrado y sostenido a largo plazo, además de que existe la necesidad de garantizar la cohesión y estabilidad sociopolítica de la sociedad y la economía, pues éstas dejadas en libertad tienden a desorganizarse⁵.

Por otro lado, el capitalismo y la globalización son dos fenómenos que obligan a los agentes económicos (productores, comercializadores o intermediarios) a desarrollar políticas administrativas y comerciales eficientes si su intención es permanecer competitivos en el mercado. Esta ecuación lógica pareciera también ser simple, pero en realidad no lo es. Las relaciones económicas de consumo y el mercado son esquemas tan amplios y complejos que imperativamente necesitan de la regulación e intervención moderada de los Estados, pues de lo contrario se correría el riesgo de legitimar las prácticas comerciales abusivas, engañosas, desleales y arbitrarias que llegaren a desarrollar quienes tengan posiciones de dominio, para acrecentar sus riquezas y relegar o anular a sus competidores.

De ahí entonces que sea válido sostener que la economía, el mercado y el derecho se encuentran cada vez más unidos y son de igual importancia en el

⁴ INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. Op. Cit.

⁵ INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. Op. Cit.

desarrollo de las interacciones humanas. La economía, como una ciencia que estudia la crudeza de la escasez, la generosidad y la dirección del Estado. El mercado, como el esfuerzo por ofrecer y vender, girando en torno a un producto, a su precio y a su distribución. El derecho, como la reproducción de la razón y de la inteligencia del hombre, es decir, como sus reglas, sin importar que estén o no equivocadas⁶.

La economía se desarrolla en virtud de la escasez y la abundancia ya que con el intercambio de bienes se pretende lograr la prosperidad personal y el bienestar común. Sin embargo, con la intención de obtener un enriquecimiento a toda costa, pueden presentarse comportamientos de terceros que afecten dicho intercambio, y cuando ello sucede es que entran en interacción la economía, el mercado y el derecho, porque surge y tiene aplicación la norma que castiga el daño que se causó, o lo que es lo mismo, se materializa un juicio de responsabilidad por el comportamiento de un tercero que causa una afectación a la economía o al mercado, e inclusive al patrimonio privado⁷.

No obstante lo anterior, en este ámbito no se puede dejar de lado al consumidor final de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, porque siendo el agente más importante en las relaciones económicas de consumo, aunque resulte paradójico, es también el que con mayor frecuencia se maltrata por parte de los grandes productores y distribuidores de dichos bienes y servicios. Por esta razón, la mayoría de los Estados se han visto en la necesidad de legislar en favor de los consumidores hasta el punto de convertirlos en el eje central de las relaciones económicas que se desarrollan en el mercado, además que ello también representa la materialización de los fines y principios constitucionales en el campo de las citadas relaciones.

⁶ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 25.

⁷ *Ibidem.*, pp. 25 a 26.

Para el caso colombiano, se expidió la Ley 1480 de 2011 (nuevo Estatuto del Consumidor), por medio de la cual se pretende fortalecer y reafirmar las medidas de protección a los consumidores con relación a los bienes y servicios que nos ofrecen en el mercado los productores, distribuidores y demás miembros de la cadena productiva.

Ahora bien, antes de abordar el estudio de cómo se reguló el tema de la libre competencia en la Constitución Política de 1991, se considera necesario conceptualizar muy brevemente dos elementos o factores que hacen parte de su contexto y que la vez la determinan, cuales son, la competencia económica y la política de la competencia.

1.1.1. Concepto de Competencia Económica.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la competencia económica, siempre que se desarrolle con honestidad, lealtad y dentro los límites establecidos por el ordenamiento jurídico, es sana, lícita y permitida porque representa un beneficio directo para los consumidores en tanto que obliga a las empresas que quieren seguir vigentes en el mercado, a ampliar la oferta e innovar con productos y servicios de mejor calidad y a precios más bajos. Además, entre otros impactos positivos, promueve una economía más eficiente, impulsa el crecimiento económico y la entrada de capitales extranjeros, garantiza la iniciativa privada y la igualdad de oportunidades y condiciones para los diferentes actores que participan en el mercado, motiva la creación de nuevas empresas, permite la generación de empleos directos e indirectos y fomenta la inversión en tecnología.

En ese orden, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC) define la competencia económica como *“el conjunto de esfuerzos que desarrollan*

los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.”⁸

Por su parte, la Corte Constitucional señala que la competencia económica 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.*”⁹

Dicho concepto fue retomado en el año 2010, cuando la Corte señaló que existe competencia económica en un mercado cuando “*un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.*”¹⁰

Como se observa, la competencia económica no es otra cosa que el enfrentamiento o la rivalidad **legítima** en que incurren los agentes económicos del mercado para mantener su clientela o, de ser posible, aumentarla; ideal que se logra cuando sin incurrir en actividades o políticas fraudulentas y engañosas, se le ofrecen al consumidor final productos o servicios de mejor calidad y a precios más módicos y asequibles.

Bajo esta premisa, la competencia económica se convierte en el medio eficiente que dinamiza la organización y el funcionamiento de la economía liberal que se instituyó en la mayoría de los países del mundo, pues de entrada exige la libre

⁸ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/libre-competencia>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, y C-1041 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

participación en el mercado y la correlativa prohibición de cualquier método que atente contra ella u obstaculice la circulación de los flujos de capital.

Por lo tanto, la competencia económica es uno de los principios en los cuales se estructura la economía social del mercado que, por una parte, está direccionada a la defensa de los intereses de los agentes económicos que participan en el mercado y, por otra, propende por la protección del interés público que se representa en el beneficio que tienen los consumidores al acceder a productos y servicios de mayor calidad y menores costos¹¹.

1.1.2. Concepto de Política de Competencia Económica.

Se debe partir del hecho que la competencia impulsa a los agentes económicos a ofrecer una mayor variedad de productos y servicios de óptima calidad y con mejores precios, pues de lo contrario el consumidor puede elegir otras alternativas. De ahí entonces que en un mercado libre, se compite en beneficio del consumidor.

No obstante la existencia de esta regla de deber ser, muchos actores tratan de limitar la libre competencia en el mercado, razón por la cual, los organismos estatales y de control deben estar siempre atentos para impedir o corregir los comportamientos que la obstruyan o restrinjan, verbigracia, los acuerdos entre agentes económicos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios, infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor o influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.

¹¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Dentro de este contexto, la SIC define la política de competencia económica como *“un conjunto de disposiciones emanadas del Gobierno Nacional que tienen como fin orientar el orden económico hacía la promoción de la eficiencia y el bienestar general mediante la modificación del comportamiento de las empresas y de la estructura de la industria.”*¹²

Asimismo, destaca que en la política de competencia económica de un Gobierno existen dos aspectos: *“por una parte, se evidencian posturas tales como la liberalización económica, dónde se abren las fronteras y se desregula la actividad empresarial y el estímulo y; por otra, están las normas que previenen las prácticas anticompetitivas con una mínima intervención del gobierno.”*¹³

Por su parte, MONTENEGRO GARCÍA sostiene que la política de competencia económica tiene un doble propósito, ya que de un lado, trata de evitar que los agentes económicos puedan apropiarse injustificadamente de la riqueza a través de prácticas no competitivas y, por otro, trata de evitar el efecto negativo que sobre el crecimiento económico pueden tener dichas prácticas restrictivas de la competencia. En ese orden de ideas, el objetivo operativo de la política de la competencia es el de garantizar el libre accionar de la iniciativa privada y, a la vez, garantizar la igualdad de oportunidades para los diversos actores en el mercado¹⁴.

Se concluye entonces que la política de competencia económica es el conjunto de disposiciones emanadas del Gobierno Nacional y cuya finalidad es, en primer lugar, orientar el orden económico hacia la promoción de la eficiencia y el bienestar general y, en segundo lugar, promover y generar la rivalidad entre los agentes económicos del mercado, a fin de que inviertan recursos en el

¹² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/que-es-la-proteccion-a-la-competencia>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ MONTENEGRO GARCÍA, Álvaro. Fundamentos de la política de competencia, Bogotá, Universidad Pontificia Javeriana, 2007, p. 1.

mejoramiento de la calidad de sus productos y servicios, al igual que en estrategias de diversificación e innovación de los mismos, para que finalmente sea el consumidor el que se beneficie con una amplia gama de productos y servicios de calidad y a menor costo.

En razón de lo anterior, se considera que las políticas de competencia económica son una herramienta necesaria y de vital importancia para que los Estados con economías capitalistas, puedan intervenir moderadamente en las relaciones del mercado a fin de controlar, regular y sancionar determinados actos y procederes que falsean y alteran el normal funcionamiento de la libre competencia, lo que de entrada genera consecuencias negativas para el mercado, entre ellas, la liquidación de las empresas cuya situación financiera no resista la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de otros agentes, y el detrimento de los intereses económicos de los consumidores y usuarios.

Además, para el caso colombiano, el diseño y ejecución de las políticas de competencia económica por parte del Gobierno Nacional, son una forma de materialización de los postulados contenidos en el preámbulo y el artículo 2º de la Constitución Política de 1991, cuando se refieren a que se debe asegurar a los ciudadanos el trabajo y la igualdad, dentro de un marco jurídico que garantice un orden económico y social justo; y que es un fin esencial del Estado el promover la prosperidad general y facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica de la Nación.

1.2. La Libre Competencia Económica en la Constitución Política de 1991.

El artículo 333 de la Constitución Política de 1991, determina a la libre competencia económica como un derecho de todos que supone responsabilidades y que se podrá ejercer dentro de los límites que establezcan la ley, el bien común,

el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. El citado artículo literalmente expresa:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

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

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

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”¹⁵

Cuando ha resuelto demandas de inconstitucionalidad en contra de disposiciones legales que regulan y protegen la libre competencia económica, la Corte Constitucional siempre resalta el alcance, los derechos de las personas y las obligaciones del Estado que se derivan del artículo 333 de la Carta Política de 1991. En dichos pronunciamientos la Corte también ha explicado la manera en que deben entenderse los principios de libertad económica, libertad de empresa y libertad de competencia, que son propios del modelo de una economía social de mercado.

¹⁵ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 333.

Ahora bien, dos aspectos importantes a tener en cuenta porque influyen en la materialización de los principios aludidos, son, en primer lugar, que la intervención estatal en la economía no es igual en todos los sectores económicos sino que varía de acuerdo al grado de incidencia y repercusión que estos tengan en la vida y bienestar de los administrados. Así, por ejemplo, en los servicios públicos de salud y financieros, la intervención del Estado casi que anula por completo la iniciativa privada, mientras que para ejercer ciertos oficios o profesiones liberales, no se requiere de autorización alguna. En segundo lugar, que el nuevo modelo económico reconoce y garantiza a los ciudadanos una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede ejercer su profesión un oficio en aras de satisfacer sus propias necesidades.

En ese orden, la libertad económica constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho y se define por la Corte Constitucional como *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”*¹⁶, y es reconocida por la misma Corte como *“expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada.”*¹⁷

No obstante lo anterior y si bien la libertad económica se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución Política, no es un derecho fundamental puesto que su ejercicio está sometido a los requisitos que indique a ley y en ciertos sectores de la economía puede ser válidamente limitada o intervenida por parte del Estado, todo en aras de proteger el bien común y el interés social¹⁸.

¹⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, y C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1041 de 2007. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-432 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sin embargo, esa limitación o intervención no puede ser arbitraria y desmedida porque entonces se correría el riesgo de quebrantar otros postulados de rango superior que también gobiernan las relaciones de consumo, por ejemplo, la autonomía privada de la voluntad, o se puede intimidar a inversionistas extranjeros que quizá declinen la intención de invertir su capital en el país por temor al excesivo intervencionismo del Estado.

Por lo tanto, para que estas medidas de intervención económicas gocen de plena validez, deben observarse los siguientes requisitos indispensables:

1. Que se lleven a cabo por ministerio de la ley.
2. De ninguna manera pueden afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa.
3. Deben obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación.
4. Deben observar el principio de solidaridad.
5. Deben responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁹.

Para la Corte Constitucional, además, la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia. La primera de ellas, entendida como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo, principalmente capital, para realizar actividades económicas tendientes a la producción e intercambio de bienes y servicios con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia²⁰; o conocida también la libre iniciativa privada que se concentra en la facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios²¹.

¹⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-615 de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, y C-368 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-524 de 1995. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, y C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Como puede observarse, la libertad de empresa lleva implícito, por una parte, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica con la sola condición de cumplir con los requisitos que exija la ley, y por otra, la regla general en el sentido que a las autoridades públicas no les está permitido obstaculizar la materialización de las actividades económicas lícitas.

No obstante, en determinados casos ese derecho puede ser limitado o restringido por el Estado para proteger valores y principios de rango constitucional, verbigracia, la seguridad, la salubridad pública, la preservación del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el interés general, etc.

En cuanto a la libre competencia, que antes se consideraba como elemento de la autonomía de la libertad contractual de cada individuo, a partir de la expedición de la Carta Política de 1991 hace parte de la estructura del Estado Social de Derecho, por lo que entonces se desarrolla dentro de una economía en donde existe la libre iniciativa privada pero a su vez el Estado entra a ejercer cierta intervención redistributiva de la riqueza para corregir las desigualdades sociales²².

Así las cosas, para preservar los principios y valores superiores, el Estado puede regular cualquier actividad económica con la creación de excepciones y restricciones y sin que ello signifique la vulneración de las premisas que garantizan la libre competencia (misma que supone la ausencia de obstáculos entre quienes participan en el ejercicio de una actividad económica lícita), pues dicha intervención estatal no es otra cosa que la materialización de los postulados contenidos en el artículo 334 de la Constitución Política, que radican en cabeza del Estado la dirección de la economía para propender, entre otros fines, por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

²² Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Según la Corte Constitucional, un 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 la doctrina ha clasificado en tres grupos, a saber:

- a) La necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que imponga el Estado.
- b) La libertad de los agentes competidores para ofrecer, dentro de los parámetros legales, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas.
- c) La libertad de los consumidores o usuarios para adquirir del oferente de su preferencia, los bienes o servicios que necesiten²³.

Bajo estas consideraciones, la satisfacción de la libre competencia económica depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes económicos que concurren al mercado, con el fin de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia, y en caso que sucedan dichos comportamientos, para imponer las sanciones a que haya lugar²⁴.

Para la Corte entonces, la libre competencia económica es una garantía constitucional que define en los siguientes términos:

“Como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de

²³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, y C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”²⁵

En este orden de ideas, los conceptos que de manera amplia, consistente y uniforme ha desarrollado la Corte Constitucional a lo largo de estos años, se consideran completos y acertados porque analizan en forma equilibrada los cuatro grandes tópicos que entran en juego en el marco de la competencia y las relaciones de consumo propias de una economía social de mercado, a saber:

- a) La inspección y vigilancia por parte del Estado a los comportamientos de los agentes económicos que participen en el mercado, con el fin de evitar que incurran en prácticas restrictivas que afecten la competencia, o imponer las sanciones si aquellas ya sucedieron.
- b) La posibilidad de acceso a cualquier sector del mercado por parte de quien quiera y pueda participar en calidad de oferente, sin que nadie le impida, obstaculice o retrase dicho ingreso a través de barreras injustificadas.

²⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-228 de 2010. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

- c) La intervención legítima del Estado para regular ciertos sectores de la economía que son muy sensibles por el grado de incidencia que tienen en el bienestar de los ciudadanos.
- d) La libertad que tienen los consumidores para escoger al oferente que les suministrará los productos o servicios que requieran, y el derecho a beneficiarse de la competencia que existe entre productores y distribuidores y que se refleja en bienes y servicios de mayor calidad y a menores costos.

Proteger la libre competencia entonces, conduce a una serie de beneficios que reflejan el deber ser de una verdadera economía social de consumo puesto que se garantiza una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores, se evita la creación de monopolios, se incentiva la reducción de los precios de los productos, se asegura la innovación tecnológica y comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos²⁶.

1.3. Marco Legal de la Libre Competencia Económica.

En términos generales, el marco legal colombiano de promoción de la competencia y prohibición de las prácticas comerciales restrictivas, está contenido en las Leyes 155 de 1959, 1340 de 2009 y el Decreto 2153 de 1992. Dichas normas prohíben las conductas que impliquen restricciones o limitaciones al derecho constitucional a la libre competencia que puedan desarrollar los diferentes agentes económicos que participan en el mercado, establecen los procedimientos tendientes a determinar la comisión de infracciones y fijan las sanciones respectivas.

De igual manera, la Ley 1340 de 2009 designó a la SIC como la autoridad nacional que conocerá en forma exclusiva de las investigaciones administrativas e imponga

²⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-432 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

las sanciones por infracción a las normas sobre protección de la competencia, competencia desleal y derechos de los consumidores. Vale precisar que el artículo 44 del Decreto 2153 de 1992, sólo le otorgaba las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959, y otras disposiciones complementarias.

No obstante, existen normas especiales que regulan la competencia en determinados sectores de la economía y la correspondiente protección de los derechos de los consumidores o usuarios. Así, por ejemplo, se tiene la Ley 142 de 1994, mediante la cual se estableció el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía (fija) pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural. La finalidad de esta ley es principalmente garantizar los recursos para que los servicios públicos ya enunciados puedan prestarse con calidad, a tarifas más bajas y con amplitud de cobertura. Además, permite la libre adherencia de quienes deseen ser prestadores del servicio y ejercer el respectivo control para evitar la formación de monopolios y el abuso de partes de aquellos que tengan posición dominante.

Para el tema que nos convoca, de la Ley 142 de 1994 se resalta el artículo 133 que enuncia 25 prácticas que al ser desarrolladas por una empresa prestadora de servicios públicos, hacen presumir que está abusando de su posición de dominio en ese sector de la economía.

Por otra parte, se cuenta con las Leyes 45 de 1990 y 1328 de 2009, al igual que con el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que entre otros temas, regulan la libre competencia y las prácticas restrictivas de la misma en el sector financiero. Asimismo, contienen disposiciones en materia de seguros, mercado de valores y establecen el régimen legal de la protección al consumidor

financiero, a través del reconocimiento de principios aplicables a las relaciones que se desarrollen entre aquél y las entidades que son vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Finalmente, se destaca la ya nombrada Ley 1480 de 2011, por medio de la cual se expide el nuevo Estatuto del Consumidor. En esta normatividad, el consumidor recibe una protección especial del Estado cuando sus derechos o garantías se vean amenazados por los demás agentes económicos que participan en el mercado.

1.4. Concepto de Derecho de la Competencia.

El derecho de la competencia “se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados. Éstos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo.”²⁷

Entonces, partiendo de la base que el mercado es imperfecto y tiene marcadas deficiencias, se puede afirmar que el derecho de la competencia es el conjunto de normas que protegen la libre competencia y los intereses de los consumidores. Este compendio normativo se divide en tres ramas, a saber: leyes de competencia desleal, leyes de protección al consumidor y prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Por competencia desleal se entiende todo comportamiento malintencionado cuya consecuencia principal es el debilitamiento económico y comercial de una empresa, a cambio del correlativo fortalecimiento de otra, que no necesariamente

²⁷ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/libre-competencia;jsessionid=6pqYdRvsIBNcoV1w7+On-4np.undefined>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

puede ser la infractora. Su principal marco normativo se encuentra señalado en la Ley 256 de 1996.

Respecto de las leyes de protección al consumidor, así suene simple y redundante, habrá que decirse que están diseñadas para salvaguardar los intereses de aquél. Por lo tanto, si este sufre un daño o sus derechos son vulnerados, puede acudir a las normas de dicho Estatuto para solicitar la reparación del perjuicio o la cesación de la vulneración. Ahora, si el daño lo sufre alguien que no tenga dicha calidad, la indemnización de los perjuicios deberá reclamarla bajo el amparo de normas especiales o de las disposiciones contenidas en los Códigos Civil y de Comercio²⁸.

De igual forma, se dice que la protección al consumidor tiene dos componentes, uno administrativo y otro jurisdiccional. Administrativo, porque el Estado pretende que el mercado sea confiable para los consumidores y, jurisdiccional, porque se debate el interés de un sujeto privado al cual se le causa un perjuicio²⁹.

Después de estos breves comentarios sobre la competencia desleal y las leyes de protección al consumidor, a continuación se abordará el estudio de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, entre las cuales se incluyen los precios predatorios como una forma de abuso de la posición dominante.

1.5. Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia.

El artículo 1º de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963, expresa:

²⁸ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 426.

²⁹ *Ibidem*.

“Quedan prohibidos 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 limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”³⁰

A su vez, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2º de la Ley 1340 de 2009, puntualiza:

“PROHIBICIÓN. 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, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.”³¹

Con base en la normatividad citada, se puede afirmar que las prácticas comerciales restrictivas de la competencia son todos aquellos comportamientos u omisiones en que incurre una persona natural o jurídica, que tengan la capacidad

³⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 155 de 1959, artículo 1º, modificado por el Decreto 3307 de 1963, artículo 1º.

³¹ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2153 de 1992, artículo 46, adicionado por la Ley 1340 de 2009, artículo 2º.

o el efecto de impedir, falsear o restringir la libertad empresarial de rivalizar en un mercado relevante y determinado, en condiciones de igualdad, lealtad, honestidad y transparencia. Dicha libertad empresarial debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como la libertad que se tiene de entrar o no a participar en cualquiera de los sectores del mercado, y la libertad de los consumidores o usuarios de escoger al oferente que desean que les suministre los bienes o servicios que necesitan.

Por lo tanto, la prohibición de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia protege básicamente dos pilares fundamentales de una economía social de consumo: por una parte, la capacidad adquisitiva del consumidor o usuario, esto es, que aquél adquiera la mayor cantidad posible de bienes y servicios en comparación con los ingresos económicos que recibe; y por otra, la existencia garantizada de numerosos oferentes (pluralidad de empresas) que surtan al mercado de una amplia gama de bienes y servicios de buena calidad y a bajos costos.

1.5.1. Clases de Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia.

De conformidad con el Decreto 2153 de 1992, las prácticas comerciales restrictivas de la competencia pueden configurarse en acuerdos contrarios a la libre competencia, actos contrarios a la libre competencia, integración de empresas y abuso de la posición dominante.

Vale precisar que los listados de prácticas anticompetitivas que consagra el Decreto 2153 de 1992, no son taxativos, por lo que entonces podrá ser investigada y sancionada por la SIC cualquiera otra conducta comisiva u omisiva que no esté incluida en el referido Decreto pero que impida, falsee o restrinja la libertad empresarial; pues se entiende que dicha conducta ya está rechazada por las cláusulas generales de prohibición contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992.

También debe tenerse en cuenta que las conductas establecidas en los artículos 47 y 48 (a excepción del numeral 1º) del Decreto 2153 de 1992, se sancionan con responsabilidad objetiva, o también conocida como responsabilidad per sé. Lo anterior significa que la sanción se impone por el sólo hecho de haberse configurado la conducta, sin que sea necesario indagar por el resultado que ésta produjo o por los efectos que se causaron en el mercado, y sin que puedan alegarse eximentes de responsabilidad por parte del infractor o infractores, según el caso.

En cambio, las conductas señaladas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y todos aquellos comportamientos restrictivos de la competencia que no se encuentren expresamente definidos en las normas legales, pero que se entienden rechazados por las cláusulas generales de prohibición contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992, se sancionan aplicando la regla de la razón, es decir, que previamente se deben evaluar y valorar los efectos y consecuencias de la conducta desplegada por el agente o agentes, a quien o quienes les está permitido alegar y demostrar, por ejemplo, que no cometieron la conducta, o que los efectos no son perjudiciales, etc. En ese orden, sólo habrá sanción en tanto y en cuanto el resultado sea dañoso para el mercado y el infractor o infractores sean responsables de la conducta lesiva.

1.5.1.1. Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia.

Los acuerdos contrarios a la libre competencia se encuentran consagrados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y se entienden como *“todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos.”*³²

³² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/practicas-restrictivas>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

Para VELANDIA, los acuerdos anticompetitivos son “*comportamientos adelantados por dos o más empresas mediante los cuales arreglan su actuar dentro de un mercado, falseando la competencia, bien sea porque dejan de competir o porque pretenden eliminar a un competidor.*”³³

Como se observa, para que exista el acuerdo anticompetitivo necesariamente debe concurrir la voluntad de dos o más empresas con total independencia económica y administrativa entre sí, pues de lo contrario sólo sería la voluntad de la empresa dominante que por defecto se impone a la subordinada.

Generalmente, los acuerdos anticompetitivos se concretan en la fijación artificial de los precios de bienes y servicios, es decir, que aquellos no son el resultado del juego de la oferta y la demanda que exista en el mercado. De igual forma, limitan el acceso al mercado o el libre ejercicio de la competencia por otras empresas y condicionan o controlan la producción de bienes y servicios.

Ahora bien, los acuerdos que restringen la competencia pueden ser anticompetitivos por su objeto o por sus efectos. Son anticompetitivos por su objeto, aquellos que se sancionan por la tentativa y la intención, por el sólo hecho de acordarse, por la finalidad que persiguen, sin importar que se hayan o no ejecutado o si sus consecuencias negativas ya se reflejaron en el mercado.

Por el contrario, un acuerdo es anticompetitivo por su efecto cuando el resultado del mismo, sin importar cuál haya sido la intención o el fin perseguido por las partes, tiene efectos nocivos o perjudiciales para el mercado. En ese orden de ideas, lo que se sanciona es el resultado dañoso, así las partes hayan tenido buenas intenciones cuando celebraron el acuerdo.

³³ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 109.

Finalmente, la doctrina ha clasificado los acuerdos anticompetitivos en horizontales y verticales. Los horizontales se presentan entre empresas que son competidoras directas entre sí, es decir, que se encuentran en el mismo nivel de producción, verbigracia, acuerdos entre fabricantes de zapatos. Por su parte, los acuerdos verticales son aquellos que se concretan entre empresas que se hallan en diferentes niveles de la cadena productiva, como por ejemplo, el que se presentaría entre un productor de telas y un distribuidor mayorista de ropa.

1.5.1.2. Actos contrarios a la Libre Competencia.

Los actos contrarios a la libre competencia están regulados en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, y a diferencia de los acuerdos anticompetitivos, son comportamientos unilaterales que falsean, limitan, distorsionan o restringen la competencia. Por lo tanto, en los actos contrarios a la libre competencia no concurren las voluntades de dos o más empresas, sino que es una sola la que desarrolla ciertas conductas que producen efectos negativos en el mercado.

Así las cosas, en tratándose de un acto anticompetitivo, sólo se sanciona a la persona natural o jurídica que lo cometió, mientras que en los acuerdos contrarios a la libre competencia, la sanción recae sobre todos los agentes económicos que participaron de dicha conducta.

De conformidad con el artículo citado, son actos contrarios a la libre competencia el infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios, y 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 precios³⁴.

1.5.1.3. Integración de Empresas.

La integración de empresas como práctica comercial restrictiva de la competencia, se consagra en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

Es de la esencia del mercado que dos empresas que se dediquen a la misma actividad económica, compitan entre sí para mantener su clientela, y de ser posible, aumentarla. Por ello, se sale de la normalidad una fusión o adquisición empresarial entre dos competidores.

Existe una integración empresarial cuando sin importar la figura jurídica que se utilice (fusión, absorción, adquisición, control de activos, entre otras), dos o más empresas que antes eran competidoras e independientes, toman la decisión de unirse de forma permanente para comportarse como una sola empresa y así dejar de competir.

Generalmente, con la integración empresarial lo que se busca es el fortalecimiento económico, estratégico o administrativo de las empresas que se unen, para lograr una mayor competitividad y un mejor posicionamiento en el mercado; por lo tanto, dicha integración es en principio lícita y permitida.

Sin embargo, cuando se trata de integraciones de empresas con posición dominante o con altos ingresos operacionales, es necesario estudiar y autorizar previamente la integración para evitar que se produzcan monopolios que abusen

³⁴ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2153 de 1992, artículo 48.

de dicha posición o que restrinjan, falseen o distorsionen la libre competencia, en perjuicio de los intereses de los otros competidores.

Por último, vale precisar que la SIC tiene amplias y plenas facultades para negar, autorizar o autorizar condicionadamente la integración de dos o más empresas que desarrollen la misma actividad económica, así se encuentren en diferentes niveles de la cadena productiva. Una u otra decisión la tomará con base en los efectos que la integración perseguida pueda causar en el mercado.

1.5.1.4. Abuso de la Posición Dominante.

El abuso de la posición dominante es un tema que se estudia con detalle en el segundo capítulo de este trabajo, sin embargo, desde ya se puede manifestar que como práctica comercial restrictiva de la competencia, consiste en la explotación arbitraria por parte de una empresa o varias empresas, de la posición de dominio que tiene en un mercado específico, de tal forma que se falsea la libre competencia y se causa un daño social, principalmente a los consumidores y usuarios.

1.5.2. Indemnización de perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia.

Cuando una empresa desarrolla y se beneficia de prácticas restrictivas de la competencia, por lo general sus competidoras sufren un correlativo detrimento de sus intereses patrimoniales y administrativos, el cual, dependiendo de su monto, puede llevar a la perjudicadas a una situación de relego en el mercado, o incluso hasta la liquidación definitiva.

Por otro lado, cuando una empresa es denunciada por desarrollar esta clase de conductas anticompetitivas, la SIC inicia un proceso investigativo y sancionatorio

de carácter administrativo que no consagra ninguna instancia o herramienta para que los afectados reclamen la indemnizaciones a que haya lugar. Además, las multas que se imponen no están destinadas al resarcimiento de perjuicios sino que ingresan al erario público.

Bajo estas consideraciones, la doctrina nacional coincide en manifestar que nuestro ordenamiento jurídico permite a quien sufrió perjuicios por prácticas restrictivas de la competencia, reclamar la indemnización ante los jueces de la República puesto que, por una parte, el proceso administrativo no es incompatible con el jurisdiccional, y por otra, el daño está concebido como una de las fuentes de las obligaciones.

En cuanto a las decisiones de uno y otro proceso, VELANDIA considera que el juez civil es competente para fallar el asunto restrictivo y pronunciarse de fondo sobre los perjuicios, independientemente de las consideraciones y decisión que tome la SIC³⁵. Se comparte esta posición porque los razonamientos y juicios de valor que hace la SIC se enfocan principalmente a determinar si la conducta fue o no restrictiva y cuáles fueron las consecuencias negativas que se produjeron para la generalidad del mercado, mientras que el juez civil hace un estudio pormenorizado del caso concreto en aras de establecer cómo y en cuanto (monto) se afectaron los intereses patrimoniales de una determinada empresa por causa de esa conducta.

Respecto de la acción judicial idónea para reclamar la indemnización de perjuicios, por regla general se entiende que es la ordinaria ya que no existe una norma especial que señale otro procedimiento. Sin embargo, VELANDIA plantea otras alternativas que se consideran válidas y consistentes, a saber: a) La acción de grupo o popular, puesto que la libre competencia también se cataloga como un

³⁵ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 72.

derecho colectivo; b) El abuso del derecho, porque estando dentro de la ley, se abusa de un comportamiento y con ello se causa un perjuicio; y c) La nulidad absoluta de la prestación restrictiva, ya que según el Código Civil (artículo 1519), hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público (concordado con el primer inciso del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, y el artículo 1741 del Código Civil)³⁶.

³⁶ VELANDIA, Mauricio. Op. Cit., pp. 73 a 74.

CAPÍTULO 2

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

2.1. Concepto de Posición Dominante.

De conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende como posición dominante *“la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”*³⁷

Por su parte, la Corte Constitucional definió la posición dominante como *“un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable.”*³⁸

Sobre el poder de mercado, puntualizó que *“implica menos participación colectiva en la fijación de los precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado.”*³⁹

De otro lado, la SIC entiende que un agente económico se encuentra en posición de dominio, *“cuando está en capacidad de modificar significativa y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores, efectivos y/o*

³⁷ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2153 de 1992, artículo 45.

³⁸ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias T-375 de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

³⁹ *Ibídem.*

*potenciales, o de los consumidores, no sería suficiente para disuadirlo de realizar dicha conducta.*⁴⁰

Entonces, una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite determinar por sí sola las condiciones de un mercado, en relación con los precios, las cantidades, la calidad de los bienes y servicios, las marcas, etc., sin tener en cuenta las acciones de los otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio.

En ese orden de ideas, dicho poder económico tiene la capacidad de influenciar significativamente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y en algunos casos, de decidir sobre su participación o exclusión definitiva del mercado⁴¹.

Así las cosas, la posición dominante se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa, es decir, que sin importar lo que hagan sus competidores, tiene la posibilidad de definir los precios, la producción, etc., lo cual puede afectar a los competidores o consumidores participantes en el mercado⁴².

Existe entonces posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia o le permite actuar en el mercado con independencia

⁴⁰ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Resolución No. 00588 del 16 de enero de 2003.

⁴¹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, y C-432 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/practicas-restrictivas>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

del comportamiento de sus competidores, sus clientes y los consumidores, y sin que ello implique que exista un único productor o vendedor⁴³.

Con base en estas consideraciones, se puede afirmar que lo ideal en un mercado con libre competencia es precisamente que existan varios competidores y que las relaciones económicas de consumo se determinen por las decisiones de todos, es decir, que el comportamiento de un agente económico, sin ser contrario a la ley, tenga la fuerza suficiente para incidir (más no para influenciar) en el proceder de los otros participantes del mercado, y así entre todos; de tal manera que los actores de unos y otros sean los que al final decidan los precios, las redes de distribución, la calidad de los productos y servicios, etc.

Sin embargo, cuando una empresa logra acceder a una posición de dominio, la interacción de los agentes económicos para fijar las condiciones del mercado se distorsiona legalmente para dar paso al nuevo mecanismo de regulación de dichas condiciones, cual es el comportamiento individual de una sola empresa.

Finalmente, en tratándose de servicios públicos domiciliarios, el numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, consagra que posición dominante “*es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.*”⁴⁴

2.2. Legalidad de la Posición Dominante.

Nadie comienza o invierte en una actividad económica con la intención de perder dinero. Por el contrario, el fin último de los negocios mercantiles es el de obtener

⁴³ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Concepto No. 031812 del 20 de mayo de 2010.

⁴⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 142 de 1994, artículo 14, numeral 13.

una utilidad monetaria que con el correr del tiempo se consolide y acreciente, lo cual sólo es posible si se alcanza una participación significativa en el mercado, o lo que es mejor, si dentro del mismo se logra la tan anhelada posición de dominio.

De ahí entonces que sea de vital importancia para el funcionamiento de toda empresa, el innovar en tecnología, en nuevos productos y servicios de calidad, el desarrollar estrategias comerciales y publicitarias, etc., que la hagan más eficiente, más competitiva y que le brinden la suficiente estabilidad financiera para ofrecer precios mucho más atractivos para los consumidores y usuarios. Todo ello, sumado a una buena administración de gerencia y de manejo de los recursos económicos, se reflejará en el aumento **legítimo** de la clientela que es el primer paso para lograr una posición dominante en el mercado ejerciendo actos de libre y sana competencia.

Lo posición de domino, se recuerda, es un estado económico. Se presenta cuando una empresa no cuenta con competencia efectiva dentro del mercado, es decir, cuando existe una dependencia del mercado hacia esa empresa, pudiendo aquella actuar independientemente de competidores y consumidores e influyendo preponderantemente en dicho mercado⁴⁵.

De lo anterior se desprende que la posición de domino es lícita y permitida, pues lo que está prohibido, lo que se debe evitar y controlar, es el abuso que se haga de dicha posición y que por lo general se manifiesta en conductas que restringen el acceso al mercado o eliminan competidores. Tanto es así, que incluso la misma Constitución Política de 1991 impone el deber que tiene el Estado de evitar y controlar el abuso de la posición dominante en el mercado nacional.

⁴⁵ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 166.

Al respecto, la Corte Constitucional afirma que el ordenamiento jurídico impone la obligación de evitar y controlar los abusos, pero no prohíbe la adquisición de la posición de dominio, a la que puede llegarse mediante actos de competencia transparentes e irreprochables. Por lo tanto, no se impide la adquisición de poder de dominio del mercado, sino que, una vez adquirida la posición dominante, se utilicen medios irregulares y reprochables restrinjan el desarrollo pleno de la competencia⁴⁶.

En ese orden de ideas, se considera lógico que no se prohíba la posición de dominio porque es normal que una empresa pueda alcanzarla mediante el desarrollo de prácticas competitivas leales, transparentes y honestas, verbigracia, la disciplina, la innovación tecnológica, la inversión en publicidad, la eficiencia, el cumplimiento de sus obligaciones, la seriedad contractual, la calidad de sus productos o servicios, la preferencia de los consumidores o usuarios, etc.

2.3. Factores para determinar la Posición Dominante de una empresa.

Para la SIC, los factores que se analizan para determinar la existencia o no de posición de dominio en el mercado, son:

- a) El agente económico como tal, esto es, su capacidad financiera, su objeto social, el tipo de empresa (anónima, de responsabilidad limitada, etc.).
- b) El mercado relevante, pues determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian, analizando la sustituibilidad que pueda presentarse entre los distintos productos ofrecidos y demandados.
- c) La participación en el mercado que tenga el agente económico.

⁴⁶ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-616 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

- d) Las barreras a la entrada, que se definen como aquellos factores económicos o legales que impiden la entrada o disuaden a las empresas nuevas de incursionar en un sector específico del mercado⁴⁷.

En otra oportunidad, la SIC sintetizó de manera clara los factores para determinar la posición de dominio, así:

“La comprobación de la posición de dominio es relativa al mercado que se examine y está siempre referida a un espacio temporal. Por ello es necesario determinar con absoluto rigor, el segmento exacto del bien o servicio que se está analizando, así como el área geográfica en la cual se suministra o presta bajo condiciones de competencia homogénea, a lo que se suele denominar como “mercado relevante”.

Una vez determinado el mercado relevante, se analizará la situación de la empresa investigada en él, estableciendo su participación porcentual, medida por el volumen o valor de las ventas, considerando además su capacidad de producción y, en general, la infraestructura con que cuenta.

El paso siguiente consiste en estudiar a sus competidores actuales, al igual que a los consumidores de sus productos o servicios, a fin de verificar si en un momento dado estarían en capacidad de contrarrestar o neutralizar una determinación unilateral del agente en presunta posición de dominio. Si la respuesta a este supuesto resulta negativa, deberá entonces entrarse a verificar la existencia o no de barreras de acceso a ese mercado, en procura de establecer si es posible que en el corto plazo, puedan ingresar nuevos competidores que disuadan al agente con predominio en el mercado de su intención de realizar un incremento sustancial en sus precios o una disminución en la oferta.

⁴⁷ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Resolución No. 00588 del 16 de enero de 2003.

Si como resultado del referido análisis se establece que el agente está en capacidad de actuar con independencia de sus competidores y de los consumidores, y que esa situación pueda prolongarse en el tiempo, la conclusión que deberá seguirse es que ostenta posición dominante en el mercado relevante establecido.”⁴⁸

De otra parte, en términos de la Corte Constitucional, la existencia de una posición dominante se determina con ayuda de indicadores económicos, de los cuales el principal es estar en posesión de una gran cuota de mercado. De igual forma, es necesario tomar en consideración la debilidad económica de los competidores, la ausencia de competencia latente y el dominio del acceso al recurso o a la tecnología⁴⁹.

Bajo esos criterios, se considera que para efectos de determinar si una empresa tiene posición de dominio, se debe analizar la estructura administrativa y financiera que internamente tiene el agente económico, en comparación con las estructuras internas de sus competidores; el mercado relevante, concebido como el área geográfica (local, territorial, nacional, continental, mundial) en donde se venden los productos o se prestan los servicios; la cuota o porcentaje de participación en el mercado relevante; el grado de influencia que los comportamientos de la empresa tengan en el mercado relevante, por ejemplo, el poder que ésta tiene dentro del mismo para reducir la producción del bien o servicio que comercializa, con el fin de incrementar los precios y obtener un beneficio económico aprovechándose de la condición que tiene en el mercado; la variedad y calidad de los productos y servicios que se ofrecen al consumidor o usuario dentro del área geográfica; la existencia o no de empresas competidoras; la existencia o no de empresas competidoras que puedan llegar a debilitar esa posición de dominio; la innovación

⁴⁸ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005.

⁴⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencias C-1041 de 2007 y C-432 de 2010. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

tecnológica de la empresa dominante y la capacidad de reacción de las competidoras, es decir, hasta qué punto pueden invertir en tecnología para mantener activa la libre competencia.

2.4. El Abuso de la Posición Dominante.

Para el estudio del tema es necesario partir de dos conceptos básicos y elementales: 1) Que el abuso de la posición dominante es una práctica comercial restrictiva de la libre competencia y, 2) Para que exista abuso de la posición de dominio, previamente se debe ostentar dicha posición en el mercado relevante. Esta exigencia es de carácter imperativo ya que nadie puede abusar de lo que no tiene.

En ese orden, el abuso de la posición de dominio requiere de la presencia de un sujeto calificado específico como lo es aquél que cuenta con la posición de dominio en un mercado relevante. Esta afirmación resulta lógica porque una empresa que no tenga dicha posición, muy difícilmente estará en la capacidad administrativa y financiera de modificar por sí sola las condiciones del mercado a través de la materialización de comportamientos abusivos, pues debe tenerse en cuenta estos son de tal magnitud que, por lo general, siempre implican el sacrificio de importantes sumas de dinero.

Ahora bien, como ya se dijo anteriormente, la posición de dominio por sí sola no es una infracción al derecho de la competencia ya que puede conseguirse a través de la utilización de métodos y políticas comerciales eficientes, honestas y leales.

Por lo tanto, en tratándose de la posición dominante, la obligación del Estado es la de impedir el **abuso** de la misma por parte de una empresa o un grupo de empresas, para evitar que se materialicen prácticas contrarias a la libre competencia y que por consiguiente la desnaturalizan, por ejemplo, la imposición

de precios, la limitación de la producción, el desmejoramiento de la calidad de los bienes y servicios, etc., que terminan perjudicando a todos los otros agentes participantes en el mercado, en especial, a los consumidores y usuarios.

Dentro de este marco contextual, el abuso de la posición dominante consiste en la ***explotación desmedida y arbitraria por parte de uno o varios agentes económicos, de la posición de dominio que tienen en el mercado relevante en el cual participan, hasta el punto de quebrantar las reglas y principios que gobiernan a la libre competencia y causar un daño en el bienestar social.***

El abuso de la posición de dominio también significa obtener provecho de dicha posición, es decir, obtener ganancia injustificada con base en la falta de competencia efectiva⁵⁰.

Así las cosas, el abuso de la posición dominante se presenta cuando una vez definido que existe un agente económico con posición de dominio, éste tiene comportamientos que ponen el riesgo el mercado o cuando el agente obtiene provecho injustificado de la falta de competencia⁵¹.

Con relación a las normas específicas que en Colombia prohíben el abuso de la posición dominante, encontramos, en primer lugar, el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, que consagra la obligación para el Estado de evitar y controlar el abuso de la posición dominante en todo el mercado nacional. No obstante, en los artículos 1º y 2º de la Ley 155 de 1959, ya se estipulaba que están prohibidas todas las prácticas que limiten la libre competencia y que el Estado tenía el deber de controlar y vigilar a las empresas que gocen de una posición dominante.

⁵⁰ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 177.

⁵¹ *Ibidem.*, p. 178.

En segundo lugar, se cuenta con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 2º de la Ley 1340 de 2009, que complementa y actualiza la cláusula general de prohibición de que trata el artículo 1º de la Ley 155 de 1959.

Por último, se tiene el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que señala seis (6) conductas no taxativas que, cuando se ostenta posición de dominio, su desarrollo constituye abuso de la misma. Dichas conductas describen actos que están encaminados a eliminar competidores, a poner en desventaja a consumidores y proveedores, e impedir y obstruir el acceso a los mercados y canales de comercialización por parte de terceros.

De conformidad con el artículo citado, constituyen abuso de la posición de dominio:

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 éstos.
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. Las conductas que tengan por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio.
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 a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio nacional, 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. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización⁵².

Ahora bien, como dichas conductas no son taxativas, si una empresa con posición dominante realiza conductas diferentes a las mencionadas, pero que atentan contra la libre competencia, se podrán investigar y sancionar con base en las cláusulas generales de prohibición contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, para probar el abuso de la posición dominante por parte de una empresa, es necesario demostrar:

1. Que la empresa cuenta con posición de dominio como resultado de las características propias del mercado y su posición en él, observando elementos como su cuota de participación en éste, su capacidad financiera, las barreras a la entrada, los efectos de red o la legislación que la cobija.
2. Los efectos y consecuencias que la conducta tuvo en el mercado relevante, teniendo en cuenta que no necesariamente el competidor debe haber sido expulsado del mismo para que el abuso se configure⁵³.

⁵² PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2153 de 1992, artículo 50.

⁵³ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/practicas-restrictivas>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

CAPÍTULO 3

LOS PRECIOS PREDATORIOS COMO UNA FORMA DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Lo primero que se debe tener en cuenta para abordar el estudio de este capítulo, es que la libre fijación de precios es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta la libre competencia y, por ende, la economía de mercado. A través de los precios y la calidad de los bienes y servicios las empresas tratan de mejorar su posición en el mercado, lo que en últimas se constituye en un proceso de selección natural en donde las más eficientes, sólidas y organizadas se imponen a las más débiles. De ahí entonces que cuando basada en los méritos empresariales, una empresa que se ha visto obligada a competir se impone sobre las demás, no debe ser criticada por la eliminación de un competidor, así como tampoco deben condenarse los monopolios que son el resultado de una competencia lícita, pues en estos casos no son otra cosa diferente que la recompensa a quienes han sabido interpretar las preferencias de los consumidores⁵⁴.

3.1. Concepto de Prácticas Predatorias.

Si una empresa con posición dominante utiliza su poder en forma ilícita, es lógico que el posible incremento de su cuota de participación en el mercado no sea el producto de su mayor eficiencia para competir, sino del empleo abusivo del poder de que dispone. Cuando ello sucede nos encontramos frente a las llamadas prácticas predatorias pues siendo contrarias a todas las actividades que materializan la sana competencia, la empresa con posición de dominio se vale de

⁵⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.

éstas para aumentar su poder de mercado y así eliminar o perjudicar a sus competidores directos.

En ese orden, las prácticas predatorias son todas aquellas actividades directas o indirectas que contribuyen de manera significativa a la creación, mantenimiento o expansión de un monopolio, con la correlativa eliminación o debilitamiento de los competidores, pero que no son propias de la libre y sana competencia empresarial.

Para HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁵, son predatorias aquellas prácticas en las que se den los siguientes elementos:

1. Existencia de una conducta orientada a perjudicar a uno o varios competidores para mejorar la situación propia en el mercado.
2. Utilización de mecanismos diferentes a la competencia basada en los méritos.
3. Apariencia del empleo de medios de competencia lícitos.
4. Sacrificio de los beneficios a corto plazo a cambio de una expectativa de mayores ganancias a largo o mediano plazo.

3.2. Tipos de Prácticas Predatorias.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵⁶ clasifica las prácticas predatorias en dos grupos, a saber: basadas en no precios y basadas en precios.

Con relación a las primeras afirma que se trata de comportamientos estratégicos diseñados para elevar los costos de uno o varios competidores y se concretan principalmente en:

⁵⁵ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Op. Cit.

⁵⁶ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Op. Cit.

- a) Aumento exagerado de la publicidad que obliga a los competidores a también incrementar sus gastos publicitarios si quiere subsistir.
- b) Posibilidad de bloquear la actividad inventiva de los competidores acumulando patentes y realizando acciones continuadas de violación de las mismas.
- c) Incrementar la calidad de los bienes o servicios sin reflejarlo en el precio, de tal manera que se obliga a los competidores a aumentar sus gastos para igualar esa calidad y mantener su cuota de mercado.
- d) Contratar personal del competidor, no con el ánimo de utilizarlo sino de negárselo a los competidores.
- e) Presionar a organismos públicos para que adopten decisiones que perjudiquen a sus rivales.

Por su parte, en tratándose de las prácticas predatorias basadas en los precios, las sintetiza como sigue:

- a) Precios predatorios, según los cuales, el predador se sirve de los precios para causar daño a sus competidores con una finalidad de exclusión, es decir, una empresa con mayores recursos que sus rivales disminuye sus precios por debajo del costo para que aquellos, incapaces de soportar el nivel de pérdidas y ante la imposibilidad de vender sus productos a precios superiores, se vean obligados a salir del mercado.
- b) Precios límite, según los cuales, la empresa dominante baja los precios para conservar su monopolio, pero no por debajo del costo ni tampoco abusa de su posición para subir los precios. Por lo tanto, no es práctica predatoria mientras los precios bajos, en comparación con los costos, le reporten una utilidad, así sea mínima, pero a la vez éstos (los precios bajos) son suficientes para desestimular la entrada de nuevos competidores al mercado.

Se comparte la clasificación de las prácticas predatorias que realiza HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, pues ciertamente la predación se puede reflejar tanto en actividades relacionadas con la calidad, mercadeo y publicidad de los bienes o servicios, como en los precios que se les fijen para ofrecerse a los consumidores. Por lo tanto, serán las particulares condiciones financieras y de administración en que se hallen la empresa con posición de dominio y los competidores que se pretenden relegar o excluir del mercado, los principales referentes que en principio tendrá en cuenta la primera para determinar cuál o cuáles practicas predatorias le son más útiles y confiables para alcanzar su cometido.

3.3. Concepto de Precio en una Economía de Mercado.

Dentro de una economía de mercado, el precio es el valor de un bien o servicio expresado en términos de dinero. También se conoce como el monto o la cantidad de dinero que los compradores deben pagar para beneficiarse, usar o disfrutar de un determinado producto o servicio. Otros lo definen como el valor monetario asignado a un bien o servicio que representa elementos como la utilidad esperada por quien los ofrece, el trabajo, la materia prima y el tiempo invertido.

Pero independientemente de la definición que más le convenza al lector, lo que si debe tenerse en cuenta es que el precio, además de ser una importante fuente de información a la hora de tomar decisiones de consumo e inversión, es el principal elemento del cual se sirven las empresas para competir en el mercado en que participan.

Otro aspecto a considerar es que el precio es diferente del costo, que son los gastos específicos en que se incurre para producir y comercializar un bien o brindar un servicio. El precio, además del costo, incluye otras variables que el comerciante debe identificar con plenas claridad y precisión si pretende que la actividad económica le reporte las utilidades proyectadas. Dichas variables son,

entre otras, los gastos de publicidad, de distribución, de personal, los impuestos, los gravámenes, los permisos o licencias, arrendamiento y servicios públicos de locales comerciales, etc.

También es importante señalar que dentro de una economía de mercado, el precio se fija por la ley de la oferta y la demanda, según la cual, el precio no sólo representa el costo del bien o servicio, los gastos inherentes o accesorios a él y la rentabilidad o ganancia que espera el agente económico, sino que es determinado por el exceso o defecto de la relación oferta - demanda en el sentido que cuando la oferta excede la demanda, los precios tienden a disminuir debido a que el productor trata de colocar en el mercado todos sus bienes o servicios; y cuando la demanda excede la oferta, el precio tiende a subir puesto que la necesidad de los consumidores por adquirir un producto o servicio escaso, los lleva a pagar más dinero para obtenerlo.

3.4. Concepto de Precios Predatorios.

El numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, define los precios predatorios como *“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 éstos.”*

Como se observa, en el concepto de precios predatorios juega un papel muy importante la definición de costo, el cual deberá entenderse como el gasto promedio total de las actividades de producción y de comercialización que influyan directa o indirectamente en la determinación del precio del bien o servicio.

Así lo estableció la SIC⁵⁷ cuando dijo que la definición de la conducta predatoria exige una comparación entre los precios de venta y el costo promedio, este último proveniente de dividir los costos en que incurre la empresa en la ejecución de su objeto social, por el número de unidades producidas, pues este procedimiento permite establecer si los ingresos percibidos por la empresa en la ejecución de su objeto, compensan o no las erogaciones y los cargos en que la misma ha incurrido.

Añadió que el costo promedio corresponde a aquellas erogaciones en que se incurre para el desarrollo de las actividades de producción y comercialización ya que ambas implican causación de costos. Precisó que los costos de producción u operación representan las erogaciones y cargos en que se incurre para obtener un producto terminado, listo en planta, con las condiciones necesarias para ser entregado al sector comercial; mientras que los costos de comercialización corresponden a los cargos en que incurre la empresa a efectos de lograr que el producto llegue a manos del consumidor.

Finalmente, reiteró que la determinación de los costos para la aplicación del numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, debe hacerse consultado la actividad económica de cada empresa y las erogaciones en que incurre.

En este mismo sentido, en providencia del 4 de marzo de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca puntualizó:

“No obstante la controversia a que ha dado lugar el tema de los precios predatorios relativa a si deben tenerse en cuenta los costos variables medios o los costos totales medios para efectos de determinar el precio predatorio, el

⁵⁷ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Resolución No. 30835 del 14 de diciembre de 2004.

referente que debe tener la Sala para fallar el presente caso está constituido por el texto normativo de la regulación nacional.

...Según puede advertirse de su texto, la normativa nacional no distingue la clase de costos que deben tenerse en cuenta para determinar el precio predatorio lo que significa, de acuerdo con las reglas de la hermenéutica que limitan los alcances del ejercicio interpretativo, que no es posible que el intérprete haga distinciones que la ley no ha previsto (...) si la legislación nacional no precisó a qué clase de costos se estaba refiriendo el numeral 1 del Art. 50 del Decreto 2153, es porque no tenía ningún interés en establecer tan distinción y, por ello, debe entenderse que los costos a lo que se alude son los costos totales medios porque sólo tal concepto puede ser realmente identificado con el sustantivo “costos” sin ninguna clasificación...”⁵⁸

En la misma providencia, el citado Tribunal sostuvo que son predatorios los precios que no corresponden a la eficiencia real de la empresa y que con ellos se obtienen pérdidas durante el período de lucha contra los adversarios del mercado para luego subir los precios cuando se haya desplazado a los competidores. Por lo tanto, no se está frente a una competencia legítima sino frente a una práctica restrictiva de la misma que persigue poner a los consumidores en una situación ulterior de desventaja porque la lucha por el mercado no se libró con base en la eficiencia sino con base en factores ajenos que traen como consecuencia que en el mediano plazo, cuando se haya excluido a los competidores, se fijen precios monopolísticos que afectan a los consumidores en tanto que se deben compensar las pérdidas acumuladas durante el período de precios predatorios.

Para VELANDIA, los precios predatorios son una práctica mediante la cual el agente con posición de dominio vende sus productos por debajo de costos con la finalidad de eliminar a un competidor o de bloquear su entrada. En esta práctica, el

⁵⁸ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera, Sub sección A. Expediente No. 250002324000200600790-01. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Providencia del 4 de marzo de 2010.

poder de mercado permite aguantar la pérdida hasta tanto se elimina o bloquea a los competidores, tiempo en el cual el consumidor también resulta beneficiado porque obtendría productos a un menor precio, sin embargo, a mediano plazo perdería sus opciones ya que sólo tendrá un proveedor que podría aumentar desmesuradamente los precios al no contar con competencia⁵⁹.

Por su lado, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ manifiesta que son predatorios los precios inferiores a un determinado nivel del coste establecidos por una empresa dominante con la intención de expulsar del mercado o perjudicar seriamente a uno o varios competidores⁶⁰.

GRAU ARNAU y MERINO CASTELLÓ definen la predación como aquel comportamiento estratégico por el cual un operador que actúa en el mercado incurre deliberadamente en unas pérdidas a corto plazo con la intención de eliminar o debilitar uno o varios competidores para así incrementar su poder de mercado y poder fijar, a largo plazo y de forma sostenida, unos precios más elevados que le concedan rentas monopolísticas⁶¹.

En este orden de ideas, se concluye que son predatorios aquellos precios que una empresa con posición dominante establece por debajo del costo medio total para un bien o servicio determinados, apartándose en apariencia del objetivo primordial del sistema capitalista como lo es la maximización de ganancias, con la única finalidad de eliminar a uno o varios competidores del mercado, bloquearles su entrada o evitarles su expansión, para luego, cuando ya no exista competencia efectiva, elevar nuevamente los precios para constituir monopolios.

⁵⁹ VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 179 a 180.

⁶⁰ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.

⁶¹ GRAU ARNAU, Susana y MERINO CASTELLÓ, Anna. Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico. Catalunya, 29 de junio de 2005, p. 2.

En este proceso los consumidores obtienen un beneficio a corto plazo ya que en principio bajan de manera significativa los precios de los bienes o servicios, aumentando así su capacidad adquisitiva, sin embargo, a mediano y largo plazo se causa un grave perjuicio a la sana competencia ya que esa disminución de precios desplaza o elimina a los otros agentes del mercado, lo cual también genera repercusiones económicas negativas para esos mismos consumidores en el sentido que, de una parte, se limitan sus posibilidades de escogencia, y de otra, porque los bienes y servicios que antes conseguían a precios muy bajos, ahora deberán adquirirlos a precios excesivamente altos puesto que el agente predador, al no existir competencia, tiene la posibilidad de fijarlos como a bien tenga para recuperar con creces las utilidades que sacrificó durante el periodo que estuvo vigente la práctica predatoria.

3.5. Presupuestos de los Precios Predatorios.

La SIC afirma que la configuración del numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, descansa sobre tres presupuestos, a saber: la calificación del sujeto (*empresa con posición dominante*), la conducta (*la disminución de precios por debajo de costos*) y el objeto (*eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos*)⁶².

En palabras de la referida Superintendencia, la norma reprime la conducta del agente económico que, prevalido del poder que ostenta en el mercado, decide disminuir los precios de sus productos por debajo del nivel de sus costos, utilizando esta estrategia como un mecanismo de predación que le permita eliminar o mantener a raya a sus competidores. Entonces, bajo el sofisma de percibir precios más baratos, se causa un fuerte agravio al mercado en general pues se anulan las fuentes de competencia por parte de quien tiene la capacidad

⁶² SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE COLOMBIA. Resolución No. 30835 del 14 de diciembre de 2004.

financiera suficiente para soportar pérdidas transitorias, alentado por la recompensa ulterior de un entorno económico sin rivales, siendo ese el verdadero móvil de su proceder.

Por lo tanto, el citado organismo de control advierte que si el agente que realiza la venta por debajo de costos no ostenta posición dominante en el mercado, o si teniendo dicha posición no realiza la conducta con el objeto previsto en la norma, no tendrá lugar a la configuración de este precepto pues en caso contrario se tendrían que castigar ciertas prácticas comerciales reconocidas y aceptadas por la ley, como son, por ejemplo, los eventos promocionales, la venta de saldos de temporada, la rotación de inventarios de productos cercanos a la fecha de vencimiento, etc. Por ello, insiste, sólo en la medida en que la disminución de los precios por debajo de los costos sea efectiva, provenga de quien tiene posición dominante en el mercado respectivo, y sea realizada buscando eliminar, disminuir o prevenir las fuentes de competición, se configurará la infracción conocida como precios predatorios.

En este mismo sentido, CALVO CARAVACA y RODRÍGUEZ RODRIGO⁶³ afirman que los precios predatorios son plausibles sólo para empresas que ya son dominantes en sus mercados porque un agente sin ese poder será incapaz de recuperar la pérdida de ingresos que le generará la práctica de precios predatorios. Con relación al precio bajo, precisan que aquél no debe ser honrado, esto es, el resultado de la mera maximización de los beneficios, sino que debe ser movido por la mejora en los beneficios que se obtendrá después de la eliminación o sumisión de los competidores.

En cuanto al tiempo de predación, sostienen que estará condicionado por la decisión de la empresa depredadora y por el grado de resistencia de la presa. De

⁶³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana. Revista de derecho de la competencia y la distribución No. 1, Sección Estudios. Editorial La Ley. Julio - diciembre de 2007, pp. 6 a 9.

ahí entonces que el agente con posición de dominio tiene que definir el nivel de agresividad y el máximo de pérdidas que puede permitirse durante el tiempo de predación.

Bajo las consideraciones anotadas, resulta claro que la predación sólo puede ser desarrollada por una empresa que tenga la suficiente capacidad financiera para soportar pérdidas durante un periodo de tiempo determinado, y que dicha práctica anticompetitiva sólo rendirá sus frutos en la medida que, de una parte, los competidores no dispongan de los medios económicos y estratégicos suficientes para hacer frente a las pérdidas que deberían afrontar en el momento que igualen sus precios a aquellos que ha fijado la predadora, hecho que en últimas terminaría limitándolos o expulsándolos del mercado; y de otra, que los consumidores reaccionen positivamente en la primera etapa de la práctica predatoria, es decir, que al encontrar más baratos los bienes o servicios, decidan cambiar de proveedor sin vacilación alguna.

3.6. Elementos de los Precios Predatorios.

Para que la conducta prevista en el numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, pueda configurarse, es imperativo que se presenten dos elementos, a saber: el **objetivo**, que hace relación al nivel de precios por debajo de los costos y a la posición dominante del predador; y el **subjetivo**, que es la intención de eliminar a uno o varios competidores, bloquear su entrada al mercado o evitar su expansión; o de presionarlos para llegar a algún tipo de acuerdo, generalmente de concertación de precios. Al respecto, en providencia del 4 de marzo de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo:

“La Sala debe precisar que la conducta de precios predatorios, tal y como está prevista en nuestra legislación y en la gran mayoría de legislaciones del mundo, requiere de un elemento objetivo que es la venta por debajo de los

costos y de un elemento subjetivo que es la intención ilegítima de excluir a los competidores existentes o de impedir la entrada a nuevos competidores. No basta con que se demuestre objetivamente que se fijaron precios por debajo de los costos, sino que, además, es necesario acreditar, por parte de la entidad de vigilancia administrativa, en el marco de la actuación administrativa correspondiente, que tal disminución de precios tuvo como propósito eliminar a uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.”⁶⁴

3.6.1. Elemento Objetivo.

El elemento objetivo hace relación al nivel de precios por debajo de los costos y a la posición dominante del predador. Ahora bien, para determinar si se configura o no el elemento objetivo de la práctica predatoria, deben tenerse en cuenta las llamadas condiciones de plausibilidad bajo las cuales el agente con posición de dominio establece un precio inferior al costo.

GRAU ARNAU y MERINO CASTELLÓ⁶⁵ definen las condiciones de plausibilidad como aquellas circunstancias exógenas a la conducta que repercuten directamente sobre ciertos aspectos de la misma y se concretan en las características del operador que se ve involucrado en este tipo de comportamiento, y en la estructura de mercado en el que se desarrolla la supuesta práctica. Afirman que el análisis de las mismas deviene vital para poder juzgar si una política de precios predatorios puede ser calificada, de una parte, como viable y verosímil, en el sentido de que constituya una amenaza real para los competidores; y de otra, como exitosa, es decir, que permita no sólo recuperar las pérdidas incurridas en el corto plazo sino también imponer, posteriormente y de forma sostenida, un precio supracompetitivo.

⁶⁴ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera, Sub sección A. Expediente No. 250002324000200600790-01. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Providencia del 4 de marzo de 2010.

⁶⁵ GRAU ARNAU, Susana y MERINO CASTELLÓ, Anna. Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico. Catalunya, 29 de junio de 2005, pp. 6 a 11.

En cuanto a las características del agente predador, sostienen que aquél debe tener **suficiente capacidad financiera** para afrontar sin inconvenientes el período de tiempo en el que está desarrollando la estrategia predatoria puesto que, mientras ella se prolongue, incurre de forma continuada en unas pérdidas; **exceso de capacidad productiva**, es decir, que disponga de capacidad productiva suficiente para asumir el incremento de la demanda que surgirá tanto en el corto plazo, cuando inicie el proceso predatorio y reduzca los precios, como en el largo plazo, cuando la estrategia haya dado como resultado la eliminación o debilitación de la competencia; **agilidad e independencia en la toma de decisiones**, esto es, que sus decisiones influyan directamente en la dinámica del mercado y en el comportamiento de sus rivales; y **presencia en el mercado**, o lo que es lo mismo, disponer de una cuota de participación significativa.

Respecto de la estructura del mercado, expresan que ésta condiciona la probabilidad de éxito de la estrategia predatoria. De ahí entonces que si el mercado no reúne unas ciertas condiciones para que un competidor agredido pueda resultar expulsado o perjudicado, difícilmente se configurarían los elementos integradores de una conducta predatoria. Sostienen que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que las características estructurales que debería reunir un mercado para permitir el éxito de una práctica predatoria, son:

- a) Las fuertes barreras de entrada y de salida para competidores potenciales que entren el mercado para aprovecharse de las rentas monopolísticas cuando el agente predador incremente sus precios. Si esto sucede, la empresa predatoria no estaría en condiciones de recuperar las pérdidas y la estrategia predatoria se daría por fracasada.
- b) Ser un mercado relativamente concentrado para que la práctica predatoria amenace a pocos competidores reales.
- c) Que exista alta elasticidad de la demanda en el sentido que el factor precio sea importante para los clientes del mercado de referencia.

En este orden de ideas, si bien es cierto que debido al ánimo de lucro de las empresas, por lo general éstas siempre fijan los precios de tal forma que les reporten las mayores utilidades, cuando una empresa con posición de dominio fija precios más bajos que sus competidores y con ello no solo reduce sus beneficios sino que también los relega o elimina del mercado (a los competidores), no necesariamente significa que está incurriendo en una práctica predatoria porque bien puede suceder que las condiciones particulares de plausibilidad o la estructura del mercado relevante no sean óptimos para que aquella tenga un resultado exitoso; o que los precios, aun rebajados, sean superiores a los costos medios totales y que la rebaja obedezca simplemente a otros factores como la eficiencia, la productividad o una buena organización empresarial.

Bajo estas consideraciones, el elemento objetivo de los precios predatorios puede definirse como la venta temporal efectiva por debajo de los costos medios totales en que se incurre para producir y comercializar un bien específico, realizada por una empresa con posición de dominio dentro un mercado relevante cuyas condiciones de plausibilidad le permitan obtener en el largo plazo, unos beneficios económicos exagerados como resultado del posterior incremento de los precios y la eliminación o relegación de los competidores potenciales.

Para una mejor ilustración del elemento objetivo de los precios predatorios, a continuación se presenta un ejemplo básico:

En un sector determinado, las empresas A, B y C (en adelante solo A, B o C) son las únicas que dentro de su objeto social incluyen la fabricación y venta de calzado elegante para hombres adultos, y en los últimos cuatro meses sus asientos contables reflejan en promedio los siguientes datos:

A, con posición dominante en el mercado, tiene un exceso de capacidad productiva del 50%, vendió 2.000 unidades a razón de \$ 195 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 150.

B, que tiene un exceso de capacidad productiva del 3%, vendió 250 unidades a razón de \$ 190 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 175.

C, que tiene un exceso de capacidad productiva del 6%, vendió 200 unidades a razón de \$ 200 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 180.

El anterior es el escenario ideal para que pueda configurarse el elemento objetivo de los precios predatorios porque si A, que tiene suficiente capacidad financiera, exceso de capacidad productiva y la mayor participación en el mercado, sin justificación alguna decide vender temporalmente sus productos a menos precio que sus costos medios totales, verbigracia, a \$ 130, a \$ 120, a \$ 145, etc., su fortaleza económica le permitirá aguantar las pérdidas mientras elimina a B y C pues en principio los consumidores la preferirán porque vende productos más baratos y de igual calidad a aquellos que las otras empresas ofrecen a mayores precios.

Ahora bien, puede darse el caso que A decida vender sus productos a un precio que esté por debajo de los costos medios totales de las empresas B y C (\$ 175 y \$ 180 respectivamente), pero por encima de los costos suyos (\$ 150). En este evento no se configura el elemento objetivo de los precios predatorios porque la comparación precio - costo debe darse al interior de la misma empresa que presuntamente llevó a cabo la predación.

Pero si en ejemplo que se expone se cambian de manera significativa las condiciones de plausibilidad respecto de A, ésta muy difícilmente podrá llevar a cabo la consumación del elemento objetivo del proceso predatorio. Veamos:

A tiene un exceso de capacidad productiva del 5%, vendió 240 unidades a razón de \$ 195 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 150. Los guarismos de B y C se mantienen iguales.

En este nuevo caso ningún competidor tiene posición de dominio ni la capacidad para atender todo el mercado (requisito indispensable para la configuración de los precios predatorios), y si aun así A decide vender sus productos por debajo de sus costos medios totales, sin complicación alguna B y C podrán seguir vendiendo sus productos a los precios que manejan de acuerdo a la oferta y la demanda y la única empresa perjudicada será A porque no tiene la suficiente capacidad financiera para soportar las pérdidas, lo que en últimas también puede representar su salida del mercado.

Otro evento que puede suceder es que A, como se vio en el primer caso, si tenga posición de dominio en el mercado y sin justificación alguna decida por un tiempo vender sus productos por debajo de los costos medios totales, pero ya cuando incrementa los precios para recuperar las pérdidas, al mercado ingrese el nuevo y fuerte competidor D para aprovecharse de esas rentas monopolísticas. En estas circunstancias, más allá de que A pueda seguir participando en el mercado, lo cierto es que su situación económica se debilitaría sustancialmente en la medida que no podrá recuperar todas las pérdidas o el hacerlo le llevará mucho más tiempo del esperado.

También puede suceder que A y B compartan una posición de dominio en el mercado, caso en el cual la rebaja de precios que implemente A puede expulsar al competidor C, pero no podrá lograr el mismo objetivo respecto del competidor B pues aquél tendrá la suficiente capacidad financiera para resistir con éxito durante el tiempo que duró el proceso de predación.

3.6.2. Elemento Subjetivo.

Este elemento responde a la intención de eliminar a uno o varios competidores, bloquear su entrada al mercado o evitar su expansión; o de presionarlos para llegar a algún tipo de acuerdo, generalmente de concertación de precios.

Sobre el elemento subjetivo de los precios predatorios, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló:

“...en la valoración de este elemento subjetivo se debe ser muy cuidadoso porque el propósito de una competencia legítima bien puede ser la eliminación de sus competidores, sólo que ese objetivo se debe lograr de manera meritoria, es decir, con base en mejores precios y calidad, lo que significa que una empresa eficiente puede legítimamente excluir del mercado a sus competidores y tal conducta no puede considerarse como reprochable, dado que lo que persigue el derecho de la competencia es mejorar la eficiencia de las empresas en orden a lograr consumidores más satisfechos tanto por el precio como por la calidad de los bienes y servicios que adquieren...”

...El primer elemento del aspecto subjetivo, debe consistir en poder identificar al competidor y al producto o productos en relación con los cuales se desarrolla la práctica anticompetitiva. Ahora bien como se trata de un elemento subjetivo es de difícil prueba toda vez que en contadas ocasiones las empresas que desarrollan esa práctica de precios predatorios dejan constancias documentales acerca de que la van a desarrollar y a menos de que se cuente con confesiones de empleados de la empresa predatora difícilmente podrá obtenerse una prueba directa sobre la intención de exclusión de los competidores o de detener la entrada de nuevos o la expansión de los existentes, especialmente porque tales empleados también pueden ser objeto de la sanción administrativa derivada de fijar precios predatorios. En consecuencia, la regla general, es que sea con base en prueba indirecta, concretamente con base en los indicios que pueda advertirse

*la existencia de la intención de la que trata, por lo que el análisis de este segundo elemento, el subjetivo, debe tener en cuenta tal aspecto, de manera que las apreciaciones de índole probatorio que se hagan correspondan al estándar de prueba que, en la práctica, está en posibilidades de recaudar la autoridad administrativa de control, a través de estudios económicos y de mercado...*⁶⁶

Para GRAU ARNAU y MERINO CASTELLÓ⁶⁷, la concreción del elemento intencional de los precios predatorios se puede materializar de diferentes modos, entre ellos, expulsar a los competidores del mercado; dejar a los competidores suficientemente castigados a fin de que abandonen su comportamiento competitivo que está perjudicando al predador y que, en el fondo, ha provocado que éste acuda a la predación para mejorar su posición en el mercado; disciplinar el mercado, en el sentido de lanzar amenazas o advertencias creíbles que demuestren al resto de operadores el poder de mercado del que goza el predador; impedir la consolidación de nuevos operadores; desincentivar la entrada de potenciales competidores, etc.

Asimismo, consideran que algunos de los aspectos que deben analizarse porque sirven como medio de prueba del elemento subjetivo de los precios predatorios, son:

- a) La evolución de los precios en relación a los costos y ver por cuanto tiempo permanecieron reducidos.
- b) Analizar los beneficios del predador antes y después de rebajar los precios.
- c) Examinar el comportamiento de la cuota de participación en el mercado del presunto predador, antes y después de rebajar los precios.

⁶⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera, Sub sección A. Expediente No. 250002324000200600790-01. M.P. Dr. Luis Manuel Lasso Lozano. Providencia del 4 de marzo de 2010.

⁶⁷ GRAU ARNAU, Susana y MERINO CASTELLÓ, Anna. Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico. Catalunya, 29 de junio de 2005, pp. 12 a 15.

- d) Analizar los comportamientos de los otros competidores actuales y potenciales.

En este orden de ideas, el elemento subjetivo de los precios predatorios puede definirse como el querer o la intención fraudulenta que tiene una empresa con posición de dominio, de eliminar a uno o varios competidores, bloquearles su entrada al mercado o evitarles su expansión, utilizando como mecanismo la venta temporal efectiva por debajo de los costos medios totales en que incurre para producir y comercializar un producto determinado.

No obstante lo anterior, esa intencionalidad, al ser precisamente subjetiva, hace que la demostración de este elemento sea una tarea en sumo compleja y delicada porque aún actuando dentro de los parámetros de la libre y sana competencia, la *intención* de toda empresa es incrementar su cuota de participación en el mercado para obtener mayores beneficios, lo que en algunos casos también puede representar la expulsión o relegación **legítimas** de uno o varios competidores. Además, también existen factores que pueden llevar a una empresa a fijar precios inferiores a los costos sin que exista la más mínima intención de dañar a sus competidores, verbigracia, una mala administración; la necesidad de salir de algunos productos relegados en el inventario; o situaciones propias de la dinámica del mercado como las rebajas por temporada, las liquidaciones, la caída de la demanda, el exceso de la oferta, etc., que paradójicamente determinen que la *solución más rentable* es vender temporalmente por debajo del costo.

Como se observa, son muchas las circunstancias que pueden justificar la fijación de los precios por debajo de los costos promedios totales, hecho este que hace más difícil la labor de determinar en qué eventos el descenso de los precios responde verdaderamente a intereses contrarios a la libre competencia. De ahí entonces que el organismo de control encargado de protegerla, en nuestro caso la SIC, deba acudir principalmente a los indicios y a las pruebas indirectas para

dictaminar si una empresa con posición de dominio que fijó sus precios por debajo de los costos, actuó o no con la intención de eliminar a sus competidores, o bloquearles su entrada al mercado o evitar su expansión dentro del mismo.

Para ilustrar la configuración del elemento subjetivo de los precios predatorios, se retoma el ejemplo que se expuso en el análisis del elemento objetivo, así:

En un sector determinado, las empresas A, B y C son las únicas que dentro de su objeto social incluyen la fabricación y venta de calzado elegante para hombres adultos, y en el primer semestre del año 2012 sus asientos contables reflejan los siguientes datos:

A, con posición dominante en el mercado, tiene un exceso de capacidad productiva del 50%, vendió 4.050 unidades a razón de \$ 190 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 145.

B, que tiene un exceso de capacidad productiva del 3%, vendió 530 unidades a razón de \$ 185 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 170.

C, que tiene un exceso de capacidad productiva del 6%, vendió 410 unidades a razón de \$ 195 cada una, y sus costos medios totales por unidad fueron de \$ 175.

La configuración ideal del elemento subjetivo se presenta en el siguiente escenario: Durante el periodo comprendido entre los meses de julio y diciembre del año 2012, sin ninguna razón diferente a la de eliminar a sus competidores del mercado, A decidió vender sus productos a \$ 135 cuando sus costos medios totales ascendían a \$ 150, lo que trajo como consecuencia que en el mes noviembre del mismo año, B y C entraran en proceso de liquidación definitiva porque su capacidad económica no fue suficiente para competir con el precio que estableció A. Luego, a partir del mes enero del año 2013, A decidió incrementar su

precio y lo fijó en \$ 230 la unidad, situación que afectó considerablemente los intereses económicos de los consumidores pues se vieron en la necesidad de comprar los productos al precio determinado por A, quien a su vez comenzó a reportar utilidades exuberantes.

Ahora bien, si se cambian algunas variables del ejemplo en estudio, es factible que A haya vendido temporalmente sus productos por debajo de los costos medios totales durante el periodo comprendido entre los meses de julio y diciembre del año 2012, y aun así tener varias justificantes válidas para que no se configure el elemento subjetivo de los precios predatorios. Veamos:

En un primer caso, A continuó vendiendo sus productos a \$ 190 la unidad, es decir, sin rebajar el precio que traía desde el primer semestre del año 2012, pero en los meses de julio a diciembre del mismo año sus costos medios totales se incrementaron a \$ 200 porque su maquinaria presentó fallas que la obligaron a incurrir en gastos de reparación y en costos por el alquiler intempestivo de una maquinaria ajena pues no podía suspender la producción. En este caso, si bien el precio de venta es menor al costo medio total, existe una justificación válida que desvirtúa la intencionalidad de perjudicar a los competidores.

En un segundo evento, A vendió sus productos a \$ 135 la unidad pero se trataba de mercancía lanzada en temporadas anteriores que difícilmente tenía circulación, motivo por el cual decidió realizar promociones continuadas para salir de esos productos y recuperar parte de los costos.

Finalmente, en una tercera hipótesis, A vendió sus productos a \$ 135 la unidad porque en esos meses aumentó su eficiencia y capacidad productiva de tal forma que sus costos medios totales por unidad disminuyeron a \$ 125. De ahí que la rebaja del precio no obedeció a la intención de eliminar a los competidores sino a su calificada eficiencia empresarial.

3.7. Pronunciamientos de la SIC sobre Precios Predatorios.

La jurisprudencia de la SIC sobre precios predatorios es realmente escasa. No obstante, en esta oportunidad se resaltarán brevemente los principales argumentos de tres casos, siendo el primero el que quizá hasta ahora tenga mayor relevancia en la historia de nuestro país por los razonamientos y las sanciones que les fueron impuestas a los infractores. En el segundo caso, la SIC archivó la investigación por no encontrar configurados todos los elementos que caracterizan a los precios predatorios; y en el tercero restante, el organismo de control cerró la investigación porque aceptó las garantías ofrecidas por la empresa que abusó de su posición dominante.

Caso No. 1. Sanción a la empresa Chicle Adams S.A. (Hoy Cadbury Adams S.A.). Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005.

En este caso la SIC dio por probada la posición dominante de la investigada y su conducta predatoria, así como el impacto en términos de reducción de la cuota de mercado del competidor contra el cual se había dirigido la estrategia. El fallo fue apelado y en sede de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca lo confirmó en todas sus partes al compartir plenamente los argumentos esgrimidos por la SIC.

Los supuestos fácticos más relevantes que la SIC pudo probar se concretan así:

- a) El objeto social principal de la empresa Chicle Adams S.A. (en adelante Adams), es fabricar, preparar, vender y distribuir goma de mascar, actividades que ha desarrollado de forma regular.
- b) La empresa Confitecol S.A., es una subsidiaria de la empresa ecuatoriana Confiteca S.A., y está dedicada a la importación y comercialización de distintos productos, entre ellos, goma de mascar.

- c) En febrero de 1999, Confiteca a través de Confitecol, lanzó al mercado colombiano la goma de mascar marca Tumix, consistente en una goma de mascar con sabor a menta, ofrecida al consumidor final en presentación de dos pastillas, a un precio de \$100 la unidad. La comercialización de la goma de mascar marca Tumix cubría principalmente las zonas occidental, centro y norte del país.
- d) Para junio de 2002, la goma de mascar marca Tumix alcanzó una participación en el mercado de gomas de mascar refrescantes del 13.1%.
- e) Hacia mediados del año 2002, la empresa Adams lanza la goma de mascar marca Clarks, con sabor a menta, ofrecida al consumidor final en presentación de dos pastillas. El producto fue lanzado en paquetes de 110 unidades al mayorista, con un precio sugerido al público de \$50, el cual se mantuvo cuando menos hasta diciembre de 2003.
- f) La goma de mascar marca Clarks se lanzó en Medellín y progresivamente se fue extendiendo a Pereira, Cali y la Costa Atlántica. Posteriormente, en enero y febrero de 2003 se amplió hacia Bucaramanga y Bogotá.
- g) La comercialización del producto Clarks se llevó a cabo, cuando menos, hasta diciembre de 2003.
- h) Entre abril y noviembre de 2002, la participación en el mercado de la goma de mascar marca Tumix pasó del 10% al 19%, es decir, mostró un crecimiento de 9 puntos porcentuales. A su vez, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2002 y julio de 2003, la participación en el mercado de Tumix se incrementó tan sólo en 3 puntos porcentuales, llegando a ubicarse en un 22%. Por su parte, durante el primer periodo señalado, el producto Clarks alcanzó una participación de mercado del 1.9% en tan solo 3 meses, mientras que durante el segundo periodo analizado incrementó su participación en otros 2 puntos porcentuales, alcanzando un 4% de participación en el mercado.

- i) La situación ya descrita evidenciaba una desaceleración de la penetración de Tumix en el mercado, que coincidía con la entrada al mercado del producto Clarks.

En tratándose del producto a analizar, la SIC estableció que se trataba de goma de mascar para adultos, por lo que entonces se dejó de lado a otros tipos de golosinas. Consideró que la goma de mascar tiene por ingrediente principal la goma base, la cual proporciona al producto las características de ser masticable durante periodos prolongados de tiempo y no deshacerse en la boca. Por el contrario, las mentas no tienen por ingrediente la goma base y, por lo mismo, no poseen las características físicas de la goma de mascar.

También se dijo que la goma de mascar Clarks es considerada refrescante por contener menta como uno de sus ingredientes, lo que a su vez implica que su mercado objetivo sea la población adulta.

Con relación al ámbito geográfico del mercado, se determinó que era todo el territorio nacional por el cubrimiento de la demanda por parte de la empresa investigada.

La posición de domino de Adams se probó con varios estudios e informes económicos que evidenciaron que la empresa tenía el 75% de la cuota de mercado y el 80% de la capacidad instalada. Igualmente se logró probar que el músculo financiero de Adams le permitió acumular pérdidas por 17 meses.

De igual manera, la SIC concluyó que empresa Adams contaba, al menos durante el período investigado, con un poder de mercado derivado de la ventaja competitiva que le confiere su capacidad de respuesta frente a incrementos en la demanda, sin tener que efectuar inversiones adicionales para ello. De ahí entonces que la entrada al mercado colombiano, para la producción y venta de

gomas de mascar, en condiciones similares a las de la empresa Adams, era restringida en el entendido que un competidor potencial necesitaría de una inversión de capital alta y tardaría un tiempo considerable en obtener un retorno sobre su inversión inicial.

La SIC también probó que Adams tenía un alto nivel de capacidad ociosa en gomas de mascar que le permitiría en cualquier momento atender incrementos considerables de la demanda, sin necesidad de hacer nuevas inversiones de capital o infraestructura.

Para la SIC, los costos irrecuperables fueron significativos si se tiene en cuenta los requerimientos de capital por concepto de publicidad, así como aquellos derivados de la promoción introductoria del producto en los diferentes canales de distribución y comercialización, en un mercado concentrado en un líder que como Adams, contaba con respaldo financiero y un portafolio importante de productos que comparte la red de distribución. Lo anterior restringía en gran medida la perspectiva de recuperación de la inversión si el negocio fracasara, aspecto que invariablemente afectaba la decisión de ingreso al mercado.

El organismo de control también consideró que la distribución de productos a nivel detallista involucra un proceso logístico complejo, que requiere tiempo para su implementación y perfeccionamiento en tanto supone un fuerte número de negociaciones y, además, un grado importante de experiencia por la complejidad que implica distribuir a un tipo de segmento tan atomizado como es el canal tradicional, teniendo en cuenta que un porcentaje considerable de las ventas de gomas de mascar se realiza en canales tradicionales (tiendas) e informales (kioskeros y cajoneros). En ese orden, quedaba claro que aún si el competidor entrante no ingresara al mercado mediante la construcción de una planta de producción, ya sea porque se encuentra instalado en un país vecino, o bien porque opte por subcontratar dichas actividades de producción y comercialización

con empresas instaladas, igual debía enfrentar barreras importantes como son el posicionamiento y el nivel de recordación de la marca Adams.

En cuanto al elemento objetivo de la práctica predatoria, la SIC pudo probar que Adams vendió el producto a un precio por debajo de sus costos medios totales entre agosto de 2002 y diciembre de 2003, para impedir la entrada de Tumix en el mercado. Para establecer dichos costos, el organismo de control analizó que la actividad económica de la empresa Adams en general, y para su producto Clarks en particular, iniciaba con la adquisición de la materia prima e insumos, continuaba con la transformación y culminaba con la entrega de productos terminados en las bodegas de mayoristas, distribuidores y autoservicios. Por consiguiente, sentenció que el costo del producto Clarks incluía los costos adicionales al proceso de fabricación, es decir, los asociados con la comercialización del producto.

Esta circunstancia hizo que la SIC descartara la posibilidad de ubicar a la empresa Adams en una situación racional de minimización de la pérdida respecto del producto bajo estudio, toda vez que a lo largo de 17 meses los ingresos percibidos por las ventas de Clarks no alcanzaban a cubrir el costo de los factores básicos de producción y los costos de comercialización, y mucho menos los asociados a la administración, corrección monetaria y provisión de impuestos.

Respecto de la intención de eliminar a los competidores (elemento subjetivo de los precios predatorios), la SIC la probó a través de indicios pues la empresa predatoria utilizó el mismo empaque y sabor del rival que quería desplazar e hizo el lanzamiento en las zonas de mayor presencia de aquél. Además, porque no utilizó una estrategia publicitaria ni hizo estudios específicos en un mercado que por sus características lo exigía.

La SIC analizó que el producto Tumix alcanzó para junio del 2002 una participación en el mercado de gomas de mascar del 13.1%, y que buena parte de

ese porcentaje estaba representado por antiguos consumidores de los productos Adams, por lo tanto, era lógico inferir que la introducción de Clarks constituyó la estrategia comercial para hacer frente al progresivo aumento de la participación de Tumix en el mercado, sólo que en este caso la estrategia no fue defensiva sino eminentemente ofensiva con un carácter adicional de elementos predatorios, como lo dejó entrever el precio asignado por Adams para venta de Clarks por un período suficientemente amplio, el cual no alcanzaba a cubrir los costos promedios totales del producto y ni siquiera sus costos variables promedio, de modo que su conducta no correspondió a un comportamiento racional de minimización de pérdidas.

De cualquier manera, dice la SIC, si el producto Clarks no era rentable para la empresa Adams, lo lógico era que esta hubiera intentado incrementar el precio del producto, y en caso de que ello no fuera posible por razones de competencia, que lo hubiera retirado en forma definitiva del mercado, más no como en efecto hizo, mantenerlo por dieciocho meses a un precio que no le permitía recuperar ni siquiera su inversión.

En ese orden, la SIC declaró que la conducta objeto de investigación realizada por Adams era ilegal por contravenir lo previsto en el numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y como consecuencia impuso una sanción pecuniaria a la empresa predatora por valor de seiscientos ochenta millones de pesos m/c (\$ 680.000.000.00). Asimismo, declaró la responsabilidad del representante legal de la investigada por contravenir lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4º del referido Decreto, y le impuso una sanción pecuniaria por la suma de cien millones de pesos m/c (\$ 100.000.000.00).

Caso No. 2. Cierre de la investigación en contra de la empresa Setas Colombianas S.A. Resolución No. 30835 del 14 de diciembre de 2004.

En esta oportunidad la SIC cerró la investigación iniciada en el año 2002 en contra de la empresa Setas Colombianas S.A., (en adelante Setas), por incurrir presuntamente en la práctica predatoria de que trata el numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, durante el año 2001 y el primer semestre del año 2002.

Como punto de partida, la SIC determinó que el objeto social de la investigada era la explotación, cultivo, producción, procesamiento, distribución y comercialización de champiñones, y en general productos del sector de la industria de alimentos para el consumo humano y animal y de los negocios que con ella se relacionen directamente.

En cuanto al producto, el organismo de control expresó que el supuesto que dio origen a la investigación consiste en una presunta predación de precios en el champiñón fresco ofrecido en todo el territorio nacional. Después de varios estudios, la SIC concluyó que al contrario de lo expuesto por el apoderado de la empresa investigada, el champiñón fresco y el procesado no pueden considerarse como sustitutos perfectos, en razón a que presentan diferencias sensibles de precios y características propias que llevan a que no se conciban como intercambiables.

En tratándose de la posición de dominio, la SIC pudo establecer que la empresa que deseara ingresar al mercado a competir en condiciones similares a las de la investigada, estaría expuesta a las siguientes barreras:

- a) Elevado requerimiento de capital que le permitiera adquirir la maquinaria y tecnología necesarias.

- b) Alta concentración del mercado, toda vez que la empresa Setas contaba con el 69.29% de participación porcentual en ventas, seguida por Potin S.A., con el 8.98%.
- c) La alta capacidad ociosa de Setas, que en determinado momento le permitiría afrontar cualquier aumento en la demanda sin necesidad de inversiones adicionales de capital.
- d) El alto nivel de recordación de los consumidores, por cuanto Setas había dedicado tiempo y dinero al posicionamiento de las marcas de sus productos.
- e) Inversión considerable en los sistemas o canales de distribución del producto.
- f) La inversión requerida para que un nuevo competidor instale una planta, de similar tamaño al de la investigada, era de aproximadamente de 19 millones de dólares, pues se requería de activos especializados debido a sus características técnicas.
- g) Los rigurosos procedimientos, trámites y autorizaciones que forzosamente se debían obtener para desarrollar la actividad económica.

En lo que respecta al factor objetivo de los precios predatorios, la SIC dijo que los costos totales de la empresa investigada estaban conformados de una parte, por los gastos producción directos e indirectos, incluyendo dentro de los primeros las materias primas, empaques, mano de obra directa y energía, etc., y en los segundos la mano de obra indirecta, combustibles y lubricantes, impuestos, depreciaciones, etc.; y de otra, por las erogaciones en que incurría la empresa para la comercialización de sus productos, los cuales reconocía en su contabilidad como gastos de ventas y de transporte.

En ese orden y con base en los estudios realizados, la SIC concluyó que los precios de venta del champiñón fresco de la empresa Setas cubrían los costos de producción, y que sólo en una situación coyuntural se registró el precio del

producto por debajo de los costos, la cual en todo caso, no fue resultado de una disminución de los precios, sino consecuencia de un incremento de los costos generado por una dificultad en el manejo de la humedad de los compost, situación que duró solo el mes de junio de 2001 puesto que en julio de ese mismo año los costos regresaron a su nivel normal, quedando nuevamente por debajo del precio de venta.

Con relación al elemento subjetivo de los precios predatorios, la SIC reiteró que si bien la empresa Setas registró durante un mes (junio de 2001) precios por debajo de su nivel de costos promedio, tal situación tuvo una vigencia muy corta, que sumada al carácter fortuito de su ocurrencia, llevan a considerar que no estuvo precedida de una intención de eliminar competidores por esta vía. Según la SIC, las reglas de la experiencia indican que quien desea eliminar a sus competidores por la vía del precio, amén de que efectúa una disminución nominal del precio de su producto, requiere de más de un mes para debilitar y lograr la eventual quiebra de sus rivales.

Además, de acuerdo con los estudios realizados, la SIC resaltó que los precios fijados por Setas en el período analizado no fueron los más bajos sino que se encontraban dentro del promedio del mercado, lo cual permitía colegir que su política de precios, lejos de buscar eliminar competidores, trataba de mantenerla en un punto competitivo para de esta forma asegurar su permanencia.

En razón de todo lo anterior, la SIC sentenció que a pesar de encontrarse en posición de dominio en el mercado de champiñón fresco, no era posible concluir que la empresa Setas haya incurrido en abuso de la misma por los hechos investigados.

Caso No. 3. Aceptación de las garantías ofrecidas por la entonces BellSouth de Colombia S.A. Resolución No. 44344 del 28 de diciembre de 2001.

En esta oportunidad, la SIC abrió investigación en contra de la entonces BellSouth de Colombia S.A. (en adelante BellSouth), y en contra de su representante legal por autorizar, tolerar o ejecutar actos anticompetitivos relacionados con el abuso de la posición dominante, y más concretamente por ventas atadas, precios predatorios y obstrucción de acceso a los mercados, lo que implicaba que una sola conducta contenía varias prácticas restrictivas de la competencia.

El tema de investigación se centró en el llamado sistema “subsidy lock”, que comportaba un mecanismo que mediante la implantación de un sistema de códigos, impedía que los equipos terminales se conectaran a redes distintas a las del operador inicial.

Los supuestos fácticos se resumen en que las antiguas empresas Celumóvil S.A. y Cocolco S.A., que para la fecha en que se profirió la Resolución materia de estudio ya se habían transformado en una sola de nombre BellSouth, desde noviembre de 2000 hasta mayo de 2001 vendieron terminales (aparatos celulares) con el sistema del “subsidy lock”, a un precio menor que los equipos terminales que carecían de este mecanismo, es decir, incurrieron en abuso de la posición de dominio por implantar precios predatorios.

De otro lado, según el numeral 3º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, constituyen abuso de la posición dominante aquellas conductas que tengan por objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio. Para la SIC, el mecanismo “subsidy lock” tenía como efecto el subordinar la adquisición de la conexión y prestación del servicio de telefonía móvil celular, a la venta del equipo en el cual se implantaba dicho mecanismo.

Por su parte, el numeral 6º del artículo 50 del referido Decreto expresa que constituye abuso de la posición de dominio el obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. Sobre este particular, la SIC dijo que con el sistema del “subsidy lock”, el cual ataba la adquisición del equipo para teléfonos celulares a la prestación del servicio de telefonía móvil celular con el mismo operador que vendió el correspondiente equipo, se prevenía a los demás operadores celulares de la comercialización de dicho servicio dentro del mercado.

Dadas estas circunstancias, mediante comunicación fechada el 11 de diciembre de 2001, el apoderado de BellSouth formuló ofrecimiento de garantías y solicitó la clausura de la investigación, así:

En primer lugar, aceptó que desde noviembre de 2000 y hasta el 30 de mayo de 2001, la empresa ofreció al público terminales dotados de la función “subsidy lock”, quedando el comprador con la libertad de adquirir un terminal sin este sistema. En ese orden, se comprometió a no ofrecer ni vender terminales bajo el sistema “subsidy lock”, y adicionalmente manifestó que a raíz de la medida cautelar decretada dentro de la investigación por competencia desleal, no existía la posibilidad material de modificación o suspensión de la conducta, pues al acatar desde el 30 de mayo de 2001 la medida cautelar impuesta se cumplió con lo ordenado, dejando así de vender terminales con el sistema “subsidy lock”.

En segundo lugar, como colateral, ofreció una póliza de cumplimiento por un valor igual al 20% del máximo de la sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 (multas a favor de la SIC hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor).

La SIC aceptó el ofrecimiento hecho por la empresa y cerró la respectiva investigación, no sin antes establecer un esquema de seguimiento por dos años para verificar que se cumplan todas las garantías. Por lo tanto, a BellSouth se le ordenó:

- a) Enviar a la Delegatura para Promoción de la Competencia, una certificación suscrita por su representante legal en la que deje constancia que dicha sociedad no ha implementado para la comercialización de su servicio el sistema “subsidy lock”, o cualquiera otro que tenga efectos y alcances técnicos similares.
- b) Informar a sus distribuidores y vendedores, por escrito, que se encontraba prohibida la venta de terminales con la función “subsidy lock”.
- c) Implementar programas de capacitación sobre las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, dirigidas a sus ejecutivos comerciales y financieros, así como a sus distribuidores y vendedores directos.
- d) Remitir a la Delegatura para Promoción de la Competencia, copia del modelo de contrato que suscribían los usuarios para efectos de verificar que no exista cláusula alguna relacionada con el sistema “subsidy lock” o similares.

Como se observa, en este caso se está frente a una especie de perdón y olvido de la infracción puesto que la SIC no sancionó a la empresa investigada a cambio de que ésta se comprometió, en primer lugar, a no reincidir en las conductas que implicaban ventas atadas, precios predatorios y obstrucción de acceso a los mercados; y en segundo lugar, a llevar un esquema de seguimiento por un término de dos años y constituir pólizas de cumplimiento por un valor equivalente al 50% de la sanción máxima que puede imponer la SIC, por un año, prorrogable por un año más. Para esa época, la póliza constituida por BellSouth tuvo que asegurar la suma de doscientos ochenta y seis millones de pesos m/c (\$ 286.000.000.00), y la

póliza constituida por su representante legal aseguró la suma de cuarenta y dos millones novecientos mil pesos m/c (\$ 42.900.000.00).

CONCLUSIONES

De conformidad con la Carta Política de 1991, el Estado colombiano tiene la obligación de proteger y garantizar la libertad económica, sin embargo, ésta no es absoluta puesto que en casos especiales puede limitarse o restringirse para proteger valores y principios de rango constitucional, como la seguridad, la salubridad pública, la preservación del medio ambiente, los derechos de los consumidores, el interés general, etc.

La libertad económica, se recuerda, comprende la libertad de empresa y la libertad de competencia, entendida la primera como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes, principalmente capital, para realizar actividades económicas que les representen beneficios o ganancias; y la segunda como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual y genere beneficios para el consumidor.

En ese orden de ideas, el contexto ideal de un mercado con libre competencia es precisamente que existan varios competidores y que las relaciones económicas de consumo se determinen por las decisiones de unos y otros, aunque tampoco es contrario al ordenamiento jurídico si un agente económico, con base en puros méritos empresariales, alcanza una posición de dominio que le permita actuar con independencia respecto de sus competidores, y si es del caso, eliminarlos o relegarlos del mercado. De ahí entonces que materializada legítimamente la posición de dominio de una empresa, la obligación del Estado se concrete a la puesta en marcha de diferentes mecanismos tendientes a evitar, controlar y sancionar las prácticas que impliquen la explotación desmedida de dicha posición hasta el punto de falsear la libre competencia y causar un daño en el bienestar social, tal como ocurriría, por ejemplo, si se establecen precios por debajo de los costos medios totales con la intención de eliminar a uno o varios competidores del

mercado, bloquearles su entrada o evitarles su expansión, para luego, cuando la competencia haya desaparecido, elevar nuevamente los precios y obtener beneficios desmesurados.

Por ese motivo, la justificación económica de esta forma de abuso de la posición de dominio radica en el querer de la empresa de maximizar sus ganancias en el largo plazo, cuando en efecto haya eliminado la competencia y pueda fijar precios elevados sin restricción alguna. De ahí que los precios predatorios sean una modalidad anticompetitiva que al representar temporalmente grandes pérdidas económicas, sólo pueda ser desarrollada por empresas que tengan suficiente capacidad financiera y siempre que las condiciones de plausibilidad del mercado relevante lo permitan, pues en caso contrario el proceso de predación estará llamado a fracasar y la empresa que quiso implantarlo no podrá recuperar sus pérdidas.

Esta misma exigencia (suficiente capacidad financiera), sumada a la cantidad de justificantes que puede encontrar una empresa para temporalmente fijar precios por debajo de los costos medios totales y las elevadas sanciones pecuniarias que pueden llegar a imponerse, se considera que son las principales razones por las cuales la SIC no ha tenido la oportunidad de pronunciarse de manera reiterada sobre esta forma de abuso de la posición de dominio.

Y es que si bien es cierto que en nuestro país existen muchas empresas nacionales e internacionales que han alcanzado una cuota significativa de participación en el mercado gracias a la recordación y preferencia de los consumidores, su capacidad económica no es lo suficientemente elástica como para garantizar sin riesgos peligrosos su supervivencia durante el periodo de tiempo que tendrían que soportar las pérdidas, más aún cuando por la actual sensibilidad del mercado debido a las crisis económicas de Estados Unidos y de

los países europeos, la mayoría de empresas han decidido medir sus gastos e invertir sólo en los negocios que consideran más estables y seguros.

También es innegable que de acuerdo al mercado relevante de que se trate, existen varias empresas que reúnen todas las condiciones necesarias para en un momento determinado establecer precios predatorios, sin embargo, quizá el temor a las fuertes sanciones pecuniarias y administrativas que puede llegar a imponer la SIC en caso de comprobar la comisión de esta falta anticompetitiva, es una especie de freno o limitante a esa posible intención de falsear las reglas de la libre y sana competencia.

Otro aspecto importante que debe tenerse en cuenta es que los precios predatorios requieren de la presencia de un elemento objetivo y de otro subjetivo, consistiendo el primero en la fijación efectiva de los precios por debajo de los costos, lo cual es demostrable a través del estudio y análisis comparativo de varios ítems que involucran tanto del agente predador como a sus competidores principales, como los reportes de ventas en contraste con los gastos de producción y distribución de los bienes o servicios, el valor de las pérdidas, el tiempo de vigencia de los precios bajos, el comportamiento o reacción de las empresas afectadas, etc.

En cambio, el elemento subjetivo hace referencia a la intención de dañar a los competidores y generalmente para su demostración se recurre a los indicios y a las pruebas indirectas, pero aun así se trata de una labor muy compleja pues existen muchos otros factores como una mala administración, los descuentos especiales por temporada, las liquidaciones, el exceso de la oferta, etc., en los cuales una empresa puede justificar la disminución temporal de sus precios por debajo de los costos medios totales.

Por lo tanto, se considera que estas justificantes son las principales barreras u obstáculos que puede tener la SIC al momento de determinar si una empresa estableció o no precios predatorios, porque si bien es cierto que en muchos casos, ya sea por la dinámica del mercado o por cualquiera otra circunstancia las empresas atraviesan por difíciles situaciones financieras que las llevan temporalmente a fijar precios bajos como última o única alternativa para sobrellevar la crisis y evitar la liquidación, no menos cierto es que tristemente en Colombia se ha arraigado una cultura que pareciera ir en contra de todo aquello que defiende y representa a la libre y sana competencia, pues varias veces con conocimiento y complicidad de quienes ejercen funciones de control y vigilancia, como contadores públicos, revisores fiscales, asesores, etc., las empresas acuden a diversos estratagemas (alteración de asientos contables, amenazas de despido de trabajadores, nominas paralelas, etc.) que les permiten, de una parte, debilitar comercial y económicamente a sus competidores, y de otra, **ocultar con éxito** el proceso de predación de tal manera que a la SIC no le queda otra alternativa que terminar y archivar la investigación.

Y es que la dificultad para investigar y sancionar esta forma de abuso de la posición dominante, en especial su elemento subjetivo, no es algo que se supere con la ampliación del marco normativo pues todos aquellos comportamientos restrictivos de la competencia que no se encuentren definidos en las normas legales, ya se entienden rechazados por las cláusulas generales de prohibición contenidas en los artículos 1º de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992. Además, tampoco se puede llegar al extremo de sancionar toda conducta por el solo hecho de que en un caso determinado fue considerada como anticompetitiva, pues se corre el riesgo, por un lado, de caer en un sistema peligrosista en el que todo es castigado sin tener en cuenta ninguna otra consideración, y por otro, de atosigarnos con un sinnúmero de disposiciones legales que en la práctica no tendrán una eficiente aplicación.

Se concluye entonces que, al menos en la actualidad, no se encuentra una herramienta jurídica cien por ciento eficaz que le permita a la SIC llegar a una decisión certera en todos los casos que investiga por precios predatorios. Por lo tanto y mientras se sigan presentando casos en los cuales se vislumbre la posible comisión de esta falta anticompetitiva, el citado organismo de control deberá continuar con su labor de indagar y establecer mediante indicios y pruebas indirectas si en efecto el proceso de predación se llevó a cabo por uno o varios de los agentes económicos que participan en el mercado relevante, y de ser así, imponer con drasticidad las sanciones administrativas y pecuniarias que consagra la ley, no solo para castigar al infractor y prevenir a los demás competidores que estén en condiciones de imitar su comportamiento irregular, sino también para proteger el bienestar social puesto que los mayores perjudicados con las prácticas predatorias siempre serán los consumidores finales de los bienes o servicios.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 155 de 1959.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 45 de 1990.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 256 de 1996.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328 de 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1340 de 2009.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1480 de 2011.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3307 de 1963.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2153 de 1992.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 663 de 1993.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/libre-competencia>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/practicas-restrictivas>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/es/que-es-la-proteccion-a-la-competencia>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Recuperado de: <http://www.sic.gov.co/libre-competencia;jsessionid=6pqYdRvsIBNcoVlw7+On-4np.undefined>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Concepto No. 031812 del 20 de mayo de 2010.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 44344 del 28 de diciembre de 2001.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 00588 del 16 de enero de 2003.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 30835 del 14 de diciembre de 2004.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005.

JURISPRUDENCIA.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-524 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-615 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1041 de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-432 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-368 de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-375 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. Sección Primera, Subsección A. Expediente No. 250002324000200600790-01. M.P. Luis Manuel Lasso Lozano. Providencia del 4 de marzo de 2010.

DOCTRINA.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luís y RODRÍGUEZ RODRIGO, Juliana. Revista de derecho de la competencia y la distribución No. 1, Sección Estudios. Editorial La Ley. Julio - diciembre de 2007.

GRAU ARNAU, Susana y MERINO CASTELLÓ, Anna. Precios Predatorios: Análisis Legal y Económico. Catalunya, 29 de junio de 2005.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. Precios predatorios y derecho antitrust: estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español. Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.

MONTENEGRO GARCÍA, Álvaro. Fundamentos de la política de competencia, Bogotá, Universidad Pontificia Javeriana, 2007.

VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. Recuperado de: <https://sites.google.com/site/economia20parabachillerato/temario/tema-9-el-estado-y-la-politica-economica/1-la-intervencion-del-estado-en-la-economia>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA. Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos6/inter/inter.shtml>. Fecha de la última consulta: 21 de noviembre de 2013.