

ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA RELACIONADAS CON LA DISCRIMINACIÓN: ARTÍCULO 47 NUMERAL 2 Y ARTÍCULO 50 NUMERALES 2 Y 4 DEL DECRETO 2153 DE 1992

Laura Bernal*
Catalina Botero**
María Paula Botero***

RESUMEN

Siendo conscientes de la importancia que tiene el derecho de la competencia para la economía y en especial para los mercados de hoy, el presente artículo desarrolla un profundo y detallado análisis, desde la perspectiva legal, doctrinal y de la SIC, de las prácticas restrictivas de la competencia relacionadas con la discriminación: artículo 47 numeral 2 y artículo 50 numerales 2 y 4 del decreto 2153 de 1992. El objetivo central es demostrar a partir de una óptica crítica, como la discriminación en el régimen de competencia ha sido abordada desde una perspectiva limitada, pues se ha centrado en la simple protección de la igualdad como derecho absoluto, dejando de lado aspectos fundamentales como lo son la eficiencia. Es así como a lo largo del texto, se evidenciará que en múltiples casos puede llegar a ser más provechoso para el derecho de la competencia, ceder un poco de igualdad y aceptar una práctica discriminatoria, pero eficiente, que le aporte más beneficios.

*Fecha de recepción: junio 6 de 2011
Fecha de aceptación: octubre 12 de 2011*

* Estudiante de Derecho. Noveno semestre. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia.
laurabernalmarin@gmail.com

** cboteroarango@hotmail.com

*** mariapaulabh@hotmail.com

Palabras clave: Discriminación, eficiencia, igualdad, equidad, acuerdo, competencia, monopolio, posición de dominio.

ABSTRACT

Being conscience of the importance of competition law for the economy and especially for today's markets, this paper develops a deep and detailed analysis of the restrictive practices related to discrimination: Decree 2153 of 1992 Article 47 num 2 and Article 50 num 2 and num 4, taking into account the legal, the doctrinal and the SIC perspectives. The main objective of this article is to demonstrate that the competition law has a limited perspective of discrimination because it has focused on the protection of equality as an absolute right, ignoring that its main objective should be the efficiency. Thus, throughout the text, it is evident that in many cases can become more profitable for competition law to accept discriminatory practices considering that they are efficient practices that will provide greater benefits.

Key words: Discrimination, efficiency, equality, equity, agreement, competition, monopoly, dominant position.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, en la mayoría de países capitalistas se entiende al “Estado como gran regulador y conductor de la economía” (Londoño Miranda, Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia, 2007, p. 53), es decir que la idea del Estado intervencionista es comúnmente aceptada, pues luego de las principales crisis económicas de principios del siglo XX se comprobó que “*el equilibrio y el desarrollo económico no se pueden lograr simplemente dejando actuar las fuerzas de la oferta y la demanda* (Londoño Miranda, Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia, 2007, p. 53)”. Bajo este entendido, “*Para que la economía de mercado funcione de manera eficiente, es necesario que el Estado garantice (...) ciertos derechos económicos fundamentales* (Londoño Miranda, Compilación documentos sobre derecho de la competencia, 2002, p. 18)”, dentro de los cuales se considera el principal la libertad de competencia económica consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política. Bajo este supuesto, debe entenderse a la libre competencia, como “*la posibilidad efectiva que tienen los participantitas de un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes y servicios a los consumidores, y de formar y mantener*

una clientela” (Londoño Miranda, Compilación documentos sobre derecho de la competencia, 2002, p. 18).

En este orden de ideas, la libre competencia se protege a través del derecho a la competencia que debe ser entendido como “el conjunto de normas jurídicas que pretenden regular el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado en aras del interés público (Londoño Miranda, Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia, 2007, p. 53)”. Su principal finalidad es la eficiencia. Enunciado el contexto general del derecho de la competencia y de su protección, antes de estudiar el ordenamiento jurídico colombiano, es menester aclarar el carácter preventivo y no interventor del mismo.

Ahora bien, en Colombia su regulación ha sido establecida principalmente en la Ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. Sin embargo, a pesar de la amplia regulación que existe al respecto, el presente trabajo tiene un objeto muy específico que es centrarse en lo concerniente al tema de la discriminación como práctica restrictiva de la competencia. Para el desarrollo del mismo se analizarán el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y los numerales 2 y 4 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992. Para el estudio se seguirá el siguiente esquema: primero debe definirse el concepto de discriminación, para que a partir del mismo se pueda analizar a fondo cada uno de los numerales mencionados con sus elementos diferenciadores y casos en concreto, para que por último se pueda hacer un análisis de la discriminación como práctica restrictiva desde una óptica crítica.

1. DERECHO A LA IGUALDAD Y CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

1.1 Igualdad y discriminación a la luz de la Constitución de 1991

La igualdad como derecho, objetivo y fin del Estado¹, establecida en el artículo 13 de la Constitución Política, está consagrada bajo el principio de *igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales* rescatado de la filosofía de Aristóteles. Es claro pues, que la Constitución no consagra el igualitarismo al entender que, a quienes no están en el mismo plano fáctico, no se les pueden otorgar iguales condiciones jurídicas² (Comisión Colombiana de Juristas, p. 37). Para determinar

1 En palabras del doctor Juan Carlos Esguerra el Estado está obligado a actuar “para evitar que siga ocurriendo lo que está ocurriendo”.

2 Ver sentencia T-492/92.

quiénes son los realmente iguales es menester hacer uso de los test de razonabilidad o de proporcionabilidad que están fundamentados básicamente en ciertos aspectos que pueden ser formulados de diversas maneras. El primero busca el porqué ocurre la desigualdad, el segundo mira si la razón sobre la que se basa la diferencia es constitucionalmente válida, el tercero si la medida que se va a aplicar sirve y si ésta es legítima, el cuarto busca mirar si es proporcional y, finalmente, se busca establecer si la medida genera o no mayores peligros para la igualdad u otros derechos³.

La Constitución colombiana consagra pues en su artículo 13 los principios de igualdad y libertad mediante seis elementos: “1) un principio general; 2) una prohibición de discriminación; 3) el deber del Estado para promover las condiciones para lograr la igualdad real efectiva; 4) la posibilidad de conceder ventajas a grupos discriminados o marginados; 5) una protección especial a personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y 6) la sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad” (Cepeda, 1992, p. 86).

La prohibición a la discriminación impide cualquier conducta basada en criterios de discriminación que causaren algún perjuicio, teniendo siempre claro, que para el derecho no toda distinción es una discriminación. La igualdad real y efectiva impide entonces cualquier conducta entendida como exclusión, distinción, restricción o preferencia que reduzca la posibilidad del ejercicio pleno de los derechos a una persona. Sin embargo, cabe preguntarse ¿cómo saber quiénes son los realmente iguales? O ¿cómo saber quiénes son los realmente diferentes?⁴. Ese problema de determinación ha llevado a que el derecho a la igualdad sea considerado en sí mismo gaseoso o vacío al no proporcionar criterios para determinar la relevancia de las semejanzas y diferencias.

1.2 Igualdad y discriminación a la luz de la SIC

Según la SIC se debe tener como punto de partida, un análisis sobre el derecho a la igualdad, puesto que la discriminación conlleva a la violación de dicho derecho.

3 “a) existencia de una diferencia de supuestos de hecho, la cual se establece mediante un cotejo entre dos situaciones a partir de un término de comparación idóneo; b) que la diferencia tenga un fin constitucionalmente válido; c) que los medios se adecuen a los fines, es decir, que la diferenciación introducida sea eficaz para el logro de los fines buscados (...); d) que la diferenciación sea necesaria, o lo que es lo mismo, que no exista otra medida u opción que afecte de menor manera los derechos involucrados de las otras personas; y e) que la consecuencia jurídica derivada de la diferenciación adoptada no sea desproporcionada a los hechos base y a la finalidad buscada” (Comisión Colombiana de Juristas, p. 39). En concordancia con las sentencias T-230/94 y T-435/94.

4 Aristóteles después de reconocer que los iguales debían ser tratados como iguales y los desiguales como desiguales se realizó la pregunta fundamental para la efectividad del principio en su libro III de la política al preguntarse por el criterio.

El artículo 13 de la Constitución, que consagra el derecho a la igualdad, pretende impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas; que se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio solo a algunas de ellas, sin que existan justificaciones objetivas y razonables para ello.

Desde la perspectiva del derecho a la competencia para que se presente la discriminación, en primer lugar, es requisito indispensable la existencia de un supuesto de hecho consistente en que tanto los discriminados, como los beneficiados desarrollen operaciones que puedan ser consideradas como equivalentes. La SIC ha establecido entonces que por operaciones se entiende la ejecución de una cosa; y que equivalente se concibe como una cosa que es igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficiencia. Es decir, que se debe estar ante el supuesto de la ejecución de operaciones bajo condiciones iguales o similares.

Pero para que exista discriminación no es suficiente que se conceda un tratamiento diferente. Se requiere, además que la diferencia en el trato no tenga una justificación racional. Por lo tanto, la base de la discriminación no es que se concedan tratamientos desiguales; sino la ausencia de motivos verdaderos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato diferencial, pero no todo trato desigual conlleva una discriminación. El punto central es establecer el porqué se actúa de una manera diferente frente a una persona y de otra distinta frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia. No siempre un acto diferente puede considerarse contrario a la Constitución. Si bien el artículo 13 de la misma prohíbe la discriminación; también autoriza el trato diferenciado cuando este está justificado de manera objetiva. No se puede predicar una discriminación si el trato diferente obedece a un fin constitucionalmente lícito y está motivado objetiva y razonablemente.

2. ANÁLISIS DEL NUMERAL 2, ARTÍCULO 47 Y DE LOS NUMERALES 2 Y 4 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992

2.1 Acuerdos discriminatorios, artículo 47 numeral 2, decreto 2153 de 1992

El artículo 47 del decreto 2153 de 1992, establece en su numeral segundo que se consideran como acuerdos contrarios a la libre competencia entre otros *“los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros”*. A continuación, para lograr una comprensión completa e integral de esta norma, se procederá a analizar brevemente qué debe entenderse por acuerdo, cuáles conceptos teóricos deben

considerarse para concebir el numeral en comento y en fin cómo debe ser entendida la norma a la luz de los pronunciamientos de la SIC.

2.1.1 El acuerdo

El decreto 2153 de 1992 establece que por acuerdo se entiende todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. Por ende, es pertinente, en aras de lograr claridad conceptual, referirse brevemente a cada uno de tales conceptos.

Desde la óptica del Código Civil, contrato es “*el acto jurídico bilateral intencionalmente dirigido a producir obligaciones*” (Cubides Camacho, 2005, p. 270). Por su parte, un convenio, noción que parecería identificarse con el concepto de convención manejado por nuestra legislación, es todo acuerdo encaminado a crear, modificar o extinguir obligaciones. Sin embargo, de acuerdo al Código de Comercio (art. 864), la definición de contrato incluye aquellos acuerdos encaminados a producir obligaciones, como aquellos destinados a crearlas o a extinguirlas. En este sentido, y teniendo en cuenta que la legislación de competencia debe seguir la normatividad comercial como bien lo anota el Doctor Mauricio Velandia, es necesario adoptar la definición de contrato establecida por el Código de Comercio (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008). Conforme a lo anterior, los conceptos de contrato y convención no se encuentran diferenciados como fuente de acuerdos restrictivos en temas de competencia.

Por su parte, la concertación, que no aparece definida como tal por las normas jurídicas, puede ser entendida como “*una fuente por medio de la cual dos o más voluntades traen a identidad sus intenciones y arreglan una conducta comercial determinada*”. La concertación trata actos unipersonales complejos, en donde voluntades autónomas, luego de una deliberación encuentran convergencia y unifican sus pareceres” (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008, p. 78).

Adicionalmente, de acuerdo a la doctrina sentada por la SIC, la práctica conscientemente paralela alude a situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en las que se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo por parte de varios agentes económicos (SIC, Radicación No. 06025839). En esta medida, los distintos actores “*actuando en forma **consciente** y sincronizada se abstienen de competir,*

5 De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, *concertar* es “*componer, ordenar, arreglar las partes de una cosa, o varias cosas. Ajustar, tratar del precio de algo. Pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio. Traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes (...)*”, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=concertar

generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman (SIC, Radicación No. 06025839, p. 27). No basta entonces con probar la existencia de un comportamiento paralelo, sino que es menester que la autoridad de competencia derive de fundamentos objetivos el elemento consciente que se requiere para la configuración de la conducta, de tal forma que se descarte que las conductas paralelas son el resultado de un actuar independiente de los agentes⁶.

Otra es la práctica concertada, que de acuerdo al doctor Mauricio Velandia, hace referencia a usos continuados o costumbres de agentes económicos que se repiten con el pasar del tiempo, pero cuyo origen inicial es una concertación entre los distintos actores, es decir, una manifestación de voluntades complejas por parte de los mismos. Por ende, la conducta inicialmente concertada por ser reiterada se convierte en una práctica.

Finalmente, es importante mencionar cómo, para que exista acuerdo, se requiere de la presencia de dos o más agentes económicos. Cabe mencionar que, de acuerdo al Código de Comercio, empresa es toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. En consecuencia, los agentes que se encuentran bajo una unidad de control no pueden ser considerados como sujetos económicos independientes y por lo tanto, no se puede configurar un acuerdo.

En conclusión, para que se configure cualquier supuesto de acuerdo restrictivo, de aquellos contenidos en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, es necesario que se esté ante:

2.1.2 Análisis de la conducta prohibida

La prohibición que contiene el numeral 2, del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 establece que están vedados los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o como efecto el establecimiento de condiciones de venta o comercialización discriminatoria. En esta medida, la norma bajo examen tiene como finalidad sancionar aquellos acuerdos, realizados por uno o varios sujetos económicos, que puedan afectar la competencia con un tercer agente en el mercado o simplemente modificar alguna conducta del mercado en determinado momento

6 Es importante en este aspecto resaltar que para la evaluación de la SIC *“la explicación económica que ofrezcan y acrediten las empresas como fundamento de la toma de sus decisiones en aspectos tales como la determinación del precio de sus productos, el nivel de producción de los mismos, entre otros, será esencial para el análisis de esta modalidad de conductas”* (Superintendencia de Industria y Comercio, Radicación No. 06025839, pág. 29).

(Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, 2007). Por ende se pretende, por un lado, que los participantes en el mercado desarrollen su actividad bajo un principio de igualdad en la distribución y evitar que se generen imperfecciones en la competencia de dos comercializadores; y por otro, que las condiciones de venta sean el resultado de una conducta autónoma de cada agente económico, en aras de que no se limite la gama de alternativas ofrecidas a los consumidores⁷.

Adicionalmente, resulta fundamental estudiar cómo debe ser entendido el numeral. La SIC al respecto ha sostenido, en Resolución 34397 de 2001 y 23881 de 2007, que esta conducta puede presentarse en cualquiera de los siguientes sentidos:

La interpretación antes expuesta se sustenta en que la composición gramatical de la norma hace referencia, y por separado, a las condiciones de venta y a las condiciones de comercialización al consagrar: *los acuerdos que tengan por objeto o como efecto determinar [condiciones de venta] o [comercialización discriminatoria para con terceros]*. Es así como, la “o” dispuesta entre los términos de *venta* y *comercialización* es disyuntiva y no copulativa, por lo cual el numeral contiene dos supuestos distintos. Adicionalmente es pertinente tener en cuenta que en la norma se dice *discriminatoria*; el término es singular y no plural, por ende el adjetivo se refiere únicamente a las condiciones de comercialización.

La norma en comento contiene pues dos supuestos diferenciados. En esta medida, el presupuesto de *discriminación* resulta aplicable únicamente para los acuerdos que recaigan sobre las condiciones de comercialización, pero no para aquellos que recaigan sobre las condiciones de venta. Esta interpretación se sustenta adicionalmente, en el artículo 333 de la Constitución Política que consagra la existencia de una economía de mercado que busca que los beneficios de la rivalidad empresarial se trasladen a los consumidores, de lo cual se desprende que los acuerdos sobre las condiciones de venta sean de por sí reprochables.

En definitiva, para la autoridad de competencia no es necesario que las condiciones de venta sean discriminatorias para que el primer supuesto de la norma se configure; es suficiente con que tales condiciones hayan sido acordadas para que dicho acuerdo sea restrictivo *per se*.

En cuanto a qué debe entenderse por discriminación, teniendo en cuenta lo dicho en la parte general de este estudio, se necesita además de un trato diferente entre dos agentes económicos que el mismo no encuentre una justificación razonable, pues es de la esencia de la discriminación que sea injustificada y que carezca de motivos

7 Es de suma trascendencia aclarar que en cuanto a las condiciones de venta lo afirmado parte de la interpretación que la SIC ha realizado del numeral en comento.

verdaderos. Es por ello, que se sostiene que para que un tratamiento diferencial entre dos sujetos económicos sea discriminatorio, se requiere que los mismos se encuentren en situaciones equivalentes.

Con todo, es de suma importancia hacer referencia a ciertas aclaraciones conceptuales en aras de entender la profundidad la norma bajo estudio. En primer lugar, es pertinente comentar que la norma castiga el acuerdo restrictivo tanto por **objeto** como por **efecto**. Esto implica que cualquier acuerdo que tenga por objeto, es decir como propósito o intención, determinar condiciones de venta o comercialización discriminatorias para con terceros será *per se* anticompetitivo, así se demuestre que dicho acuerdo no produjo efectos en la práctica. De hecho, la SIC ha sostenido que por *objeto* debe entenderse “*la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca*” (SIC, Resolución 34397 de 2001). Ello sucede específicamente en el caso ASHOTELES (SIC, Resolución 34397 de 2001), pues en este caso se celebró un acuerdo entre los hoteles miembros de la *Asociación de Hoteles de San Andrés y Providencia* cuyo objeto era abstenerse de vender servicios hoteleros a las agencias de viajes bajo modalidades de crédito, el cual jamás se ejecutó. En esta oportunidad la autoridad de competencia resaltó que así el acuerdo celebrado no hubiera tenido el efecto pactado en el mercado, la presencia del objeto reprochable era suficiente para que se configurara el supuesto normativo.

Por otro lado, y de la misma forma, aquel acuerdo que tenga como efecto o como resultado real la determinación de condiciones de venta o de comercialización discriminatorias para con terceros, es sancionable bajo el numeral analizado, así los intervinientes del acto no hayan tenido la intención o el propósito de producir tales efectos.

En segundo lugar, es de trascendental importancia delimitar alcance del concepto de **condiciones de venta** y de **condiciones de comercialización**. Las condiciones de venta son todas aquellas operaciones mediante las cuales un agente económico transmite la propiedad que tiene sobre un bien o derecho a otra a cambio de un precio determinado (Diccionario Espasa de Economía y Negocios). La SIC ha establecido que la venta supone entonces recibir el pago del precio estipulado a cambio del bien o servicio adquirido (SIC, Resolución 34397 de 2001). Por su parte, por condiciones de comercialización deben entenderse todas aquellas actividades o técnicas destinadas a facilitar la venta de productos, incluso la investigación en mercados, promoción y administración comercial (Diccionario Espasa de Economía y Negocios). La autoridad de competencia, en Resolución 34397 de 2001, sostiene que la comercialización comprende todas aquellas actividades tales como mercadeo, publicidad, promoción, canales de distribución, administración comercial del producto o servicio, y en general, todas las conductas que tengan

como finalidad que el bien o servicio sea adquirido por el consumidor final (SIC, Resolución 34397 de 2001).

Un ejemplo claro de acuerdo entre las partes para negociar las condiciones de venta es el que presenta el caso ASHOTELES (SIC, Resolución 34397 de 2001) en el que los hoteles de San Andrés y Providencia acuerdan determinar la modalidad de pago que debían utilizar las aerolíneas al usar sus servicios. En este caso se altera el mercado *“toda vez que fallaría uno de los supuestos del primer teorema del bienestar, porque los agentes no serían tomadores de precios ya que con su conducta tendrían la capacidad de fijarlos de una determinada manera. [Entre otras porque] es bien sabido que para la decisión de compra, no sólo el precio es importante sino la forma de pago de éste (...)”* (Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, 2007, p. 100).

En cuanto a las condiciones de comercialización discriminatorias es muy importante tener claro cuál es el límite entre tratos diferenciados, admisibles dentro del ámbito de libertad contractual, y tratos discriminatorios. Al respecto, en el caso INVERMAYA (SIC, Radicación 02011327) la SIC realiza un análisis interesante respecto de los límites existentes entre la libertad contractual y económica del empresario al establecer condiciones diferenciales respecto de sus distintos distribuidores, y las condiciones discriminatorias respecto de dos agentes que se encuentran en la misma situación de hecho. En el caso concreto, el apoderado de la sociedad INVERMAYA presentó recurso de reposición contra el acto administrativo que ordenaba el archivo del expediente. De hecho, el actor consideró que la sociedad INVERMAYA en calidad de distribuidor de productos de la compañía TRAMONTINA, estaba siendo discriminado por esta última respecto de las condiciones que la misma otorgaba a otro distribuidor, Top Internacional Colombia Ltda. Según los argumentos de la parte, a este último distribuidor le fueron concedidos precios más bajos, incentivos y ayudas publicitarias no justificadas si se comprende que los dos distribuidores se encontraban en las mismas condiciones de hecho.

Sin embargo, en este caso la SIC encuentra definitivamente que las conductas realizadas por las dos sociedades denunciadas no exceden el límite del ámbito contractual y no afectan directamente el mercado en específico. *“En efecto, la libertad económica y de empresa supone necesariamente un escenario en el que se proteja y garantice una libre competencia que permita a los agentes económicos acceder efectivamente al mercado, ofreciendo sus bienes y servicios a los consumidores”* (SIC, Radicación 02011327). Finalmente, la autoridad de competencia consideró que por el solo hecho de que la sociedad INVERMAYA se vaya a ver económicamente afectada por la relación existente entre las sociedades denunciadas, no es dable concluir que existe un acuerdo contrario a la libre

competencia, pues lo contrario derivaría en confundir los perjuicios individuales con la afectación al interés general del mercado. Por estos motivos, la Superintendencia decide confirmar la decisión que resolvió archivar la diligencia.

Asimismo, no está de más recordar que los acuerdos a que se refiere el numeral 2 del artículo 47 del decreto 2153 analizado, pueden implicar discriminación de tipo vertical o de tipo horizontal. Siguiendo los razonamientos del Doctor Mauricio Velandia, es dable afirmar que la primera de ellas, es aquella que se refiere a acuerdos realizados por agentes económicos que se encuentran en las distintas etapas de la cadena de producción y que finalmente terminan por discriminar a un competidor de los agentes que participan en el acuerdo; por el contrario, la discriminación de tipo horizontal se refiere a aquellos acuerdos realizados por sujetos económicos que se encuentran en la misma etapa de producción económica.

2.1.3 Análisis crítico del desarrollo que ha dado la SIC a la disposición en comento

La observación más significativa que merece realizarse a las consideraciones antes expuestas es la relacionada con la forma como la autoridad de competencia ha establecido que se debe interpretar el numeral 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Para la SIC, como se mencionó anteriormente, el presupuesto de “discriminación” solo es aplicable e indispensable para la configuración de aquellos acuerdos que recaigan sobre las condiciones de comercialización; pero no para la conformación del precepto relativo a las condiciones de venta comoquiera que el simple acuerdo de voluntades orientadas a establecer las particularidades de venta es *per se* reprochable. Sin embargo, queda siempre la duda de porqué no adoptar la interpretación contraria.

- En primer lugar, la SIC sostiene que la “o” contenida en el numeral es disyuntiva y por ende separa las ideas de forma tal que la parte de la norma, *condiciones de venta* es autónoma a la fracción del numeral que se refiere a *comercialización discriminatoria*. Sin embargo, la “o” no pierde el carácter de conjunción disyuntiva si simplemente la división se refiere a las palabras de *venta y comercialización*. Bajo esta forma de entender el numeral las conductas prohibidas por el mismo serían:

Por lo tanto, teniendo en cuenta esta concepción el requisito de discriminación se debe extender a las condiciones de comercialización, así como a las condiciones de venta.

- Así mismo la SIC sostiene que la interpretación que ha realizado del numeral es aquella que debe tener cabida dentro del ordenamiento de competencia,

precisamente porque las determinaciones de condiciones de venta por sí mismas pueden resultar discriminatorias. Al respecto, es dable sostener que si bien en ciertas circunstancias, dicha afirmación no es errada y los acuerdos tendientes a fijar condiciones de venta pueden atentar contra la competencia y estructura del mercado, tal razonamiento no se constituye en un argumento definitivo que logre zanjar el debate de forma concluyente. Esto precisamente porque, el hecho de que una conducta pueda ser anticompetitiva no es razón suficiente para considerar que dicha conducta es la que se consagra en la norma. De hecho, hay ciertas conductas que pueden potencialmente ser anticompetitivas, pero que no están consagradas dentro de las prohibiciones específicas. En el mismo sentido, es importante resaltar que en todo caso, las prohibiciones específicas no son taxativas y que por tanto, si se considera que una conducta atenta contra la competencia puede la autoridad intentar su sanción a través de la prohibición general, contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (sin que esta afirmación implique olvidar el debate que la aplicación de dicha prohibición de forma autónoma genera).

Si bien la interpretación vigente, y por lo tanto la que se debe tener en cuenta para analizar los diversos casos, es aquella de la SIC, ello no es óbice para considerar que el razonamiento que aboga porque las condiciones de venta deban ser también discriminatorias para que se pueda incurrir en la conducta descrita en el numeral analizado, no es del todo erróneo o equivocado.

Con todo, es importante denotar que las consideraciones respecto a la interpretación que debe dársele al numeral bajo estudio, son en ambos sentidos sensatas y por lo tanto, es dable concluir que no existe aún una comprensión de la norma que sea pacífica y concluyente.

Finalmente, se considera de suma importancia resaltar algunas consideraciones realizadas por parte de la autoridad de competencia como aquellas realizadas en el caso INVERMAYA. En este pronunciamiento la SIC sostiene que no todo acto mediante el cual un productor distinga entre las condiciones de comercialización otorgadas a dos proveedores que se encuentren en condiciones similares puede ser entendido como discriminatorio. De hecho, establece que dentro del ámbito de la libertad contractual es posible que un productor le dé un trato diferenciado a dos comercializadores o proveedores, lo cual *per se* no implica que esté discriminando a uno respecto del otro. Aunque se considera que efectivamente el ámbito de libertad contractual de un agente económico debe permitirle realizar distintos acuerdos con los distintos proveedores que estén en condiciones análogas preocupa, por ejemplo, el hecho de que el límite entre una distinción legítima que se enmarque dentro de dicha libertad y un acuerdo discriminatorio no es del todo claro. Lo cual, hace que para el intérprete de las normas de competencia el análisis de casos en concreto sea complejo o en ciertas circunstancias etéreo.

2.2 Posición dominante

2.2.1 ¿Qué es la posición de dominio?

Antes de entrar en el estudio detallado del concepto de abuso de posición dominante vale la pena mencionar que el mismo se encuentra definido en el núm. 5 del artículo 45 del decreto 2153 de 1992 como *“la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”*.

Ahora bien, para desarrollar el concepto de posición dominante debe empezarse por establecer que desde una perspectiva económica la posición de dominio *“es una situación fáctica que se da en el mercado cuando un agente por sí mismo, o en asocio con otros para determinada práctica, tiene la capacidad de fijar de manera unilateral las condiciones de mercado, como lo podrían ser el precio o la cantidad de bienes entre otros (Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, 2007, p. 122)”*. Bajo este entendido, y con mayor precisión se puede decir que *“la posición de dominio es un estado económico. Se presenta cuando un agente económico puede actuar independientemente de competidores y consumidores, [es decir] cuando una persona puede abstraerse de la competencia efectiva, influyendo preponderantemente en el mercado, [pues], actúa sin tener en cuenta a otros agentes económicos (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2008, p. 126)”*. Es importante entonces, resaltar que bajo estas circunstancias *“cuando un agente económico no cuenta con competencia efectiva (...) su comportamiento depende de él, pues el mercado lo requiere, y el actuar del consumidor y de los competidores pasa a un segundo plano debido al gran poder y dependencias del mercado hacia esa empresa con poder de mercado (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2008, p. 126)”*. En síntesis, *“existe posición de dominio cuando un agente económico ostenta el control efectivo o potencial de su mercado relevante y esa posición le brinda la posibilidad de obstaculizar la competencia efectiva” (Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, 2007)”*.

Una vez entendido de forma completa el concepto de posición dominante desde un punto de vista doctrinal, es menester pasar a exponer cuál ha sido la definición del mismo según la SIC. Para tal efecto, debe hacerse referencia a las Resoluciones 25153 de 2001, 20893 de 2002, 38035 de 2004 las cuales, entre otras, tratan el tema. En este orden de ideas, en el caso SETAS (SIC, Resolución 38035 de 2004) la SIC define que *“un agente económico ostenta posición dominante, cuando está*

en capacidad de comportarse en el mercado con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores". En este sentido, la Superintendencia realiza la comprobación de si hay o no posición de dominio respecto del mercado en particular y de forma temporal, analizando diversos aspectos. El primero de estos aspectos es el agente económico; El segundo, el mercado relevante, mediante el que se determinan cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, en un ámbito geográfico determinado. Para tal efecto se deben explicar los siguientes conceptos:

1. El mercado producto: El mercado producto comprende todos aquellos bienes y servicios que son considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor por las características de los productos, sus precios y su uso. *“La sustituibilidad o intercambiabilidad de un producto respecto a otro, está supeditada a que ambos satisfagan la misma necesidad y, adicionalmente, a que se encuentren bajo precios y características similares. Por ello, aún en el supuesto de que un producto cumpla la misma finalidad de otro, no se considerará un bien sustituto, si sus precios y características presentan una marcada diferencia; como tampoco se considerarán sustitutos, los bienes que tengan el mismo precio pero que no sean considerados como intercambiables por haber sido elaborados para cumplir funciones distintas”* (SIC, Resolución 38035 de 2004). En síntesis, para determinar la sustituibilidad de los productos, la autoridad, utilizando la prueba SSNIP –small but significant nontransitory increase in prices– estima la previsible reacción sustitutiva de los consumidores ante una variación pequeña (5% a 10%) y constante de precios.
2. El mercado geográfico: El mercado geográfico, por su parte, *“comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficamente próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquellas”* (SIC, Resolución 38035 de 2004).

Además, de analizar el mercado relevante y los conceptos que lo componen la Superintendencia también estudia la concentración de la oferta para lo cual utiliza diversos indicadores tales como:

- a. Índice Herfindahi-Hirschman (HHI). El cual evalúa el nivel de la concentración de los mercados, determinado el poder de monopolio de una industria mediante la suma de los valores al cuadrado de las participaciones en las ventas en el mercado de todas las empresas de la industria. En esta medida, mientras mayor

sea el valor de HHI, mayor será el grado de poder de monopolio de la industria⁸.

- b. Índice de dominancia. Este índice permite establecer la participación de cada competidor en el HHI.

Igualmente, para analizar si hay posición dominante, la autoridad analiza las barreras de acceso al mercado que se entienden como aquellos “*factores que impiden el ingreso o disuaden a las empresas nuevas a incursionar en un sector específico del mercado*” (SIC, Resolución 38035 de 2004). En este orden de ideas, las barreras económicas son aquellas que están dadas por la estructura misma del mercado. Por su parte, las barreras legales de acceso están relacionadas con procedimientos, trámites o autorizaciones que deban obtenerse para empezar a operar.

Una vez estudiados todos estos factores la autoridad pasa a analizar si en cada caso en concreto hay lugar a declarar si hay o no posición de dominio.

Teniendo clara la definición de posición dominante desde un punto de doctrinal y desde la perspectiva de la SIC, debe ahora entrarse a estudiar la legalidad de la posición de dominio en el ordenamiento jurídico colombiano. Para tal efecto, debe empezarse por precisar que “*el objetivo de las normas modernas sobre promoción de la competencia no es el de democratizar la propiedad de los medios de producción ni la riqueza en general* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 50)”, bajo este entendido el Estado no propende por “*perseguir ni destruir a las grandes empresas* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 50)”. En este orden de ideas, la misma Constitución en el artículo 333 establece claramente que: “*El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que persona o empresa haga de su posición dominante en el mercado nacional*”. Según lo establecido en la Constitución, queda claro que aquello que se quiere proteger es el abuso de la posición dominante y no la posición dominante en sí misma. Es así como “*adquirir posición de dominio es un premio a la eficiencia, (...), de ahí que la posición de dominio no sea ilegal, pero sí lo sea el abuso*” (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor, 2008, p. 128) de la misma.

8 De acuerdo a la resolución “*un mercado será no concentrado cuando el HHI es menor que 1000; será moderadamente concentrado, cuando el indicador se encuentre entre 1000 y 1800; y, se habla de una industria altamente concentrada cuando el HHI esté por encima de 1800*”.

2.2 2 ¿Cómo se incurre en el abuso de la posición de dominio?

Para la determinación de la posición de dominio se requiere de un sujeto calificado: aquel que tiene posición de dominio. Sin embargo, el monopolio en sí mismo no se considera como ilegal, razón por la cual, una empresa no podrá ser castigada por ostentar una posición de dominio salvo que realice prácticas restrictivas de la competencia. Por regla general, las normas que consagran prácticas restrictivas de la competencia fueron diseñadas de tal manera que tengan una aplicación *ex ante*. No obstante, en las normas sobre abuso de la posición de dominio “*dicha apreciación debe ser matizada*” (Miranda Londoño, “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, 1993, p. 61), puesto que para su aplicación es necesario demostrar primero la posición de dominio.

El abuso de la posición de dominio implica obtener un provecho injustificado por la falta de competencia efectiva al ejecutar comportamientos que ponen en riesgo el mercado o cuando el agente obtiene provecho injustificado de la falta de competencia. Es decir, “*se consideran ilegales aquellas prácticas restrictivas que tienden a excluir a los competidores de un mercado, o perjudican a los consumidores*”. (Miranda Londoño, Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica, 2002, p. 177). De manera que, los supuestos ilegales de abuso de la posición de dominio son aquellos que se presentan por la identidad entre el comportamiento del que ostenta la posición de dominio con el supuesto fáctico prohibitivo consagrado en los numerales del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 ó de manera general en la Ley 155 de 1959 artículo 1.

El abuso de la posición de dominio “*debe cumplir con tres características para que pueda ser sancionado*:

1. *Que la modificación a las condiciones hechas al mercado por el agente al que se le indilga el abuso de su posición de dominio en el mercado se haga de manera unilateral.*
2. *Tal modificación sea sustancial frente a las condiciones de mercado antes de tal acción.*
3. *Que la acción tomada tenga un carácter perdurable en el tiempo”* (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008, p. 125).

Una vez se ha analizado en qué consiste la posición de dominio y habiendo determinado que se abusa de ella cuando se obtiene un provecho injustificado por la falta de competencia efectiva, ejecutando comportamientos que ponen en riesgo el mercado o cuando el agente obtiene provecho injustificado afectando ya sea a

sus competidores o a sus consumidores; se debe entrar a estudiar dos conductas que a la luz del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 constituyen un abuso de la posición de dominio a saber: numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 y numeral 4 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

2.2.3 Numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992

El numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992 establece que cuando exista posición dominante, constituye abuso de la misma *“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 análoga”*.

2.2.3.1 Determinación de conceptos clave para delimitar el abuso

La conducta consagrada, se denomina discriminación vertical, implica que *“el fabricante de un producto o el proveedor de una materia prima, con una posición de domino en el mercado, decide discriminar en contra de un comprador o un grupo de compradores que están en la siguiente etapa del proceso de producción o distribución del producto, con lo cual pone a los compradores discriminados en una posición de desventaja frente a sus competidores”* (Miranda Londoño, “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”, 1993). Esta conducta ha sido considerada como restrictiva de la competencia debido a que constituye una señal *“that the supplier is restricting his output to a particular customer”* (De León, Latin American Competition Law and Policy: A policy in Serch of Identity, 2001, p. 88). Lo que se pretende es que el agente que ostente posición de dominio, considerando la dependencia que el mercado tiene hacia este, proporcione un trato igual a todos sus consumidores y distribuidores, realizando una comparación entre iguales. Si quien ostenta posición de dominio otorga condiciones que favorezcan a alguno de los consumidores o proveedores que están en igualdad de condiciones, generará injustamente (a la luz de los pronunciamientos de la SIC) una diferencia competitiva entre los agentes que compiten con el beneficiado. *“Se trata entonces de un supuesto donde quien ostenta posición de dominio reconoce que el hecho de que el que otorgue una condición favorable a un sujeto con quien negocia, de forma inmediata otorga a los demás [sujetos que se encuentren en condiciones equivalentes con el primero] el derecho a recibir lo mismo”* (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008, p. 142).

Es importante señalar que la discriminación vertical no es *per se* ilegal, pues atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional se debe establecer cuál es la causa de la misma para así analizar si esta conducta constituye o no un abuso

de la posición de dominio a la luz del numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992. Para el estudio de la causa, resulta fundamental establecer si las operaciones son equivalentes, pues solo así se puede aplicar el postulado de dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. De manera que *“en el momento de otorgar una condición comercial a determinada persona [o grupo de personas], de manera inmediata las personas [o grupos de personas] con igual característica adquieren el derecho de exigir un mismo comportamiento”* (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008, p. 141). La disposición en comento *“sanciona no solo las condiciones desiguales en operaciones equivalentes (...), sino cuando existen condiciones equivalentes para operaciones desiguales”*. (Márquez Robledo, Apuntes sobre Derecho económico y derecho de la competencia, 2007). Un tipo de discriminación puede ser la discriminación en el precio, esta *“refers to the sale of goods or services at prices not corresponding to differences in the cost of supplying them. Price discrimination occurs whenever the producer uses its market power to fix different prices for the same product or service, discriminating against individuals or groups of purchasers, acquiring consumer surplus and raising its profits”* (De León, Latin American Competition Law and Policy: A policy in Search of Identity, 2001, p. 88).

2.2.3.2 Resoluciones SIC

Atendiendo a las resoluciones de la SIC del numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, es importante establecer qué se entiende por discriminar. Según la SIC discriminar es *“la acción y el efecto de discriminar, de separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad, por motivos raciales, religiosos, políticos u otros”*. (SIC, Resolución 588 de 2003). Es posible establecer que la aplicación de condiciones discriminatorias a la que alude la disposición en comento implica o supone varios elementos que deben ser estudiados para determinar si se incurrió o no en la conducta.

Para la configuración del precepto normativo es preciso entonces que la empresa que cuenta con posición de dominante en el mercado respectivo: (a) Aplique condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor en situación desventajosa frente a otro consumidor de condiciones análogas o, (b) Aplique condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un proveedor en situación desventajosa frente a otro proveedor de condiciones análogas.

Es importante resaltar que el resultado de la aplicación de las condiciones discriminatorias, debe situar a los sujetos discriminados en condiciones diferentes respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrán de recibir

el correspondiente servicio, y adicionalmente, que tales condiciones les resulten desventajosas. Para que la configuración del supuesto normativo se lleve a cabo no se exige por la SIC (según queda establecido en el caso SATENA) que se deba probar la causalidad entre los presupuestos de posición de dominio y su abuso.

Políticas de descuento

Se considera pertinente, una vez que ya se ha analizado **el artículo 50 numeral 2** del decreto 2153 de 1992, realizar un examen a la luz de lo establecido por la SIC de las políticas de descuento, considerando que más tarde este tema se abordara desde una perspectiva crítica en el apartado 3 del artículo. Las políticas de descuento, según fue desarrollado en el caso SATENA, en sí mismas no son restrictivas de la competencia o constituyen un abuso de la posición de dominio. Una política de descuentos es considerada restrictiva cuando una empresa con posición de dominio establece un plan de descuentos sin justificación, pues en dicho caso el descuento se torna en discriminatorio. Resulta perfectamente válido instaurar una política de descuentos en oportunidades tales como: pretender ingresar a un mercado, el de vender rápidamente las mercancías que se están volviendo obsoletas, o el de recaudar rápidamente fondos para cubrir déficits de caja **incluso** teniendo posición de dominio. Lo que resulta prohibido es que a través de una política de descuentos, una empresa con posición de dominio en el mercado pueda abusar de la misma estableciendo, por ejemplo, condiciones discriminatorias entre usuarios del servicio en condiciones análogas en el mercado relevante definido. Es en estos casos, cuando el comportamiento pasa de ser una simple estrategia comercial a convertirse en una práctica comercial restrictiva, se incurre en la prohibición del artículo 50 numeral 2 del decreto 2153 de 1992.

La SIC al analizar las políticas de descuentos aborda el tema de la costumbre. Frente al particular vale la pena resaltar que considera que aun siendo el otorgamiento de descuentos una práctica constante, consideró que si estos generaban situaciones discriminatorias debían ser considerados como costumbre *contra legem*. Por tal razón, dichos descuentos serían inaplicables a la luz de la legislación colombiana.

2.2.3.3 Análisis crítico del desarrollo que ha dado la SIC a la disposición en comentario

- Es preciso hacer referencia a un punto que presenta gran dificultad probatoria y que es indispensable para la concepción del numeral 2 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992: la equivalencia. Para evidenciar el problema se analizará el caso SATENA. Los descuentos otorgados por SATENA fueron considerados discriminatorios dado que según la SIC no existía ningún tipo de justificación para los mismos, de manera que se concedía un trato diferencial

para operaciones que están en un mismo plano real. No obstante, nunca queda claro en la parte motiva de la resolución por qué se considera que los usuarios son equivalentes. Si bien es cierto que las personas que viajan por SATENA utilizan el mismo servicio de transporte aéreo y que a todos los usuarios del servicio les es aplicable, de la misma forma, los artículos 981 982 del Código de Comercio; la semejanza en las condiciones de utilización no es un argumento que permita inferir la equivalencia de los grupos de personas. Existen razones que permiten deducir que se trata de grupos de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones personales y socioeconómicas que el resto de los usuarios. Con lo que queda evidenciado que el criterio para establecer la equivalencia resulta ser además de subjetivo, bastante problemático.

- Otro punto que se considera relevante es el que atiende a la causalidad entre la posición de dominio y su abuso al establecer las condiciones discriminatorias, es decir, que la discriminación sea consecuencia de la existencia de una eventual posición dominante. Según la SIC dicha causalidad no tiene que probarse para incurrir en la prohibición establecida en el numeral 2 artículo 50 decreto 2153 de 1992. Expresa la entidad que *“la configuración de la norma que se analiza, presupone, de una parte, establecerla posición dominante del infractor, y de otra, el abuso de la misma que para el caso estaría dado por la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor en situación desventajosa frente a otro de condiciones análogas (...). Siendo así y como puede apreciarse, la norma citada alude únicamente a estos presupuestos, la posición dominante y su abuso, sin que sea menester entrar a demostrar una relación de causalidad entre el primero y el segundo”* (SIC, Resolución 4285 de 1992). La SIC sustenta su posición, al considerar que de lo contrario, se llegaría al absurdo de establecer que, en todos los casos, es la situación de dominio en el mercado el hecho o circunstancia que lleva al comportamiento abusivo, y por lo tanto que todo aquel que se encuentre en esta situación estaría siempre abusando de la misma.

No se comparte el argumento de la SIC, puesto que el hecho de que no se exija la relación de causalidad no implica que se esté en contra del artículo 333 de la Constitución, lo que llevaría dicha posición es a imponer una responsabilidad especial por parte de las empresas que ostentan la posición de dominio. De manera que, al no exigirse la causalidad, si una empresa que tiene posición dominante realiza ciertas prácticas se considerarán anticompetitivas por ser dicha empresa quien las ejecutó, y no otra que no tiene posición de dominio. Atendiendo a lo anterior, lo que se prohíbe es realizar la conducta discriminatoria, pero si esto fuera así ¿por qué incluir una norma como esta en las disposiciones del régimen de competencia, siendo que es claro que cualquier tipo de discriminación está prohibida atendiendo al artículo 13 de la Constitución?

- Frente a la resolución de Colanta vale la pena resaltar la posición de la SIC al momento de determinar el mercado relevante. La SIC establece que el mercado relevante, para un análisis de presuntas violaciones al régimen de competencia, debe retrotraerse al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña con el fin de evitar posibles diluciones del efecto en el mercado y distorsiones sobre la participación o actividad del agente investigado en él. Dicha posición resulta contraria al análisis que se debe realizar del mercado relevante, puesto que en este deben incluirse 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 entre los distintos productos ofrecidos y demandados en el correspondiente mercado. La posición de la SIC puede, en aras de hacer más pequeño el mercado relevante llevar a conclusiones equivocadas. Siempre se deberá velar porque en la determinación del mismo se logre evidenciar la realidad del mercado en el que realmente compite la empresa investigada sin importar que tan amplio o reducido sea.

2.2.4 Numeral 4 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992

El artículo 50 del decreto 2153 establece en su numeral cuarto: *“Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: 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”*. En el análisis doctrinal que se ha hecho de esta conducta se le ha denominado a este tipo de discriminación como *“discriminación horizontal o predatoria”* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 68). Por lo tanto, antes de seguir adelante con el estudio es menester explicar qué significa el mercado relevante *“bajo una óptica horizontal”* (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008, p. 72). Según esta perspectiva *“se analiza la participación de las empresas dentro de una misma escala o fase de la cadena de valor”* (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008, p. 72). La definición anterior se refiera al *“caso de empresas que compiten entre sí en un mismo segmento económico y dentro de una misma fase, por ejemplo, productor con productor o distribuidor con distribuidor”*. (Velandia, Derecho de la competencia y del consumo, 2008).

Ahora bien, para poder describir la conducta tipificada en este numeral, debe empezarse por explicar que muchas veces *“las empresas tienen varios nichos de mercado, y sus clientes pueden ser competidores potenciales de ellas mismas en*

algunos de ellos o de otra empresa de un determinado grupo empresarial” (Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, 2007, p. 128). Teniendo esto claro, la mejor forma de explicar lo establecido en el numeral en comento es mediante ejemplos. Pues bien, se está bajo el presupuesto de la norma en el caso de *“una empresa dominante, [que] vende productos o materias primas que alguno de sus compradores pueden posteriormente utilizar para competir con ella en su propio mercado. La empresa monopolista tratará entonces de discriminar contra sus competidores con el objeto de incrementar sus costos y sacarlos del mercado* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 69)”. También puede ser el caso de una empresa con posición dominante que *“rebaja el precio del producto de manera selectiva y discriminatoria a un grupo de consumidores, con el objeto de quitarle la clientela a sus competidores y excluirllos del mercado* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 69)”.

Una vez entendido en qué consiste la conducta regulada en el numeral 4 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, es importante exponer el desarrollo que la misma ha tenido en casos concretos. Frente al particular, se debe aclarar que en Colombia no ha habido un desarrollo del tema por parte de la SIC, ya que después de un exhaustivo estudio de las resoluciones que tratan la discriminación como práctica restrictiva del mercado, no se encontró ningún caso en el que la autoridad haya desarrollado el concepto o sancionado por posibles violaciones a esta conducta. Por lo tanto, es menester referirse a continuación a la manera como se ha desarrollado el tema en casos extranjeros, para tal objetivo vale la pena citar los siguientes dos casos:

1. El caso Napier Brown / British Sugar [1988]: *“la empresa British Sugar le ofreció a los más importantes distribuidores minoristas de azúcar, excelentes precios si se rehusaban a mantener en su inventario, los productos de su competidor Napier Sugar* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 69)”. Frente a esta conducta la autoridad se opuso diciendo que *“Una agresiva rivalidad en los precios constituye un instrumento esencial para competir. Sin embargo, una política de precios selectiva y discriminatoria, aplicada por una empresa dominante, diseñada solamente para perjudicar los negocios, o impedir la entrada al mercado de sus competidores, mientras que mantiene precios más altos para el grueso de sus clientes, resulta al mismo tiempo en la indebida explotación del grueso de sus clientes y en la destrucción de la competencia. Así esta práctica se constituye en una conducta abusiva por medio de la cual una empresa puede reafirmar su ya preponderante posición en el mercado* (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997, p. 69)”.

2. El caso de Utha Pie Co. v. Continental Beaking: *“En este caso el demandante Utha Pie, era el vendedor más importante en el mercado local, con una participación superior al 65%. Varias firmas de carácter nacional empezaron a penetrar en el mercado de Utha, para lo cual bajaron los precios de su producto solamente en dicha región, manteniendo precios más altos para el resto del país. Frente a esta situación la Corte Suprema de Justicia sostuvo que las firmas de carácter nacional habían cometido discriminación ilegal de precios (Miranda Londoño, Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado, 1997)”*.

En síntesis *“esta discriminación está prohibida debido al poder de mercado que se ejerce, y [a] la virtualidad [que tiene para] causar estragos en el equilibrio de la oferta y la demanda, (Márquez Robledo, Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia, 2007, p. 128)”*. No obstante el análisis hecho anteriormente se puede concluir que definitivamente ha sido una conducta poco estudiada y desarrollada por la doctrina nacional y por la Superintendencia.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS NORMAS DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN

En el desarrollo de este aparte se busca analizar desde una perspectiva crítica las circunstancias que se pueden presentar en relación con los numerales ya explicados con anterioridad. Todo ello, sin perjuicio de que se es consciente que el derecho de la competencia pretende ser aplicado a circunstancias complejas y de difícil valoración.

En primera instancia, se reflexionará en torno a las relaciones económicas y la eficiencia; y en segundo lugar se abordará el complejo tema de la equivalencia en el contexto de las relaciones económicas.

3.1 La eficiencia y la discriminación

Para el desarrollo de este acápite es necesario establecer que el objetivo de la política de competencia debe ser la eficiencia. Atendiendo a lo anterior, es evidente que la igualdad no está establecida como objetivo de dicha política. Lo que lleva a preguntarse ¿qué debe primar la igualdad o la eficiencia dentro de la protección dada por el derecho a la competencia? Es por esta razón, que resulta pertinente realizar el análisis de las conductas de los artículos 47 numeral 2 y 50 numerales 2 y 4 del decreto 2153 de 1992 a la luz de dicho interrogante.

Para ejemplificar lo anterior, se tendrá en consideración la discriminación de precios como una de las posibilidades de discriminación que las normas contemplan.

Análisis de la discriminación de precios:

1. Discriminación de precios de primer grado: se establece como la “*práctica consistente en cobrar a cada cliente su precio de reserva*”⁹ (Pindyck & Rubinfeld, 2001, p. 381). En este sentido, es dable sostener que la empresa se ha apropiado de todo el excedente del consumidor en la medida en que cada cliente paga la cantidad máxima que está dispuesto a pagar. Sin embargo, la discriminación perfecta de precios de primer grado es difícil de presentarse en la práctica, pues requiere cobrarle a cada cliente un precio diferente y que la empresa sepa cuál es el precio de reserva de cada uno, lo cual es de compleja ocurrencia.

Aquello que sí es probable que suceda, es que los agentes económicos discriminen imperfectamente, basados en estimaciones de precios de reserva y cobren algunos precios diferentes. En efecto, no puede afirmarse categóricamente que la discriminación de precios antes expuesta sea ineficiente, por el contrario se considera que la misma resulta eficiente, por cuanto en ciertas circunstancias puede atraer suficientes clientes nuevos al mercado, lo cual, a su vez es causa de un aumento en el bienestar de los consumidores y de los productores¹⁰.

La gráfica muestra cómo la empresa en su intento de aproximarse al precio de reserva de los consumidores cobra 6 precios de reserva diferentes. Es evidente que la empresa obtiene mayores beneficios pero, no puede dejarse de lado que algunos consumidores también pueden beneficiarse. De hecho con un único precio P4 hay menos consumidores, y bajo el esquema de la discriminación, los consumidores que pagan un precio P5 y P6 disfrutaban de un excedente.

2. Discriminación de precios de segundo grado: se presenta cuando de forma consciente se cobran precios unitarios distintos por cantidades diferentes de un mismo bien o servicio. Este es el caso de los descuentos efectuados por comprar grandes cantidades. “*en el sistema de fijación de los precios por bloques el consumidor paga precios distintos por diferentes cantidades (...) de un bien. Esta política, como provoca un aumento de la producción y consigue mayores economías de escala puede mejorar el bienestar del consumidor, incluso permitiendo que la compañía obtenga mayores beneficios*” (Pindyck & Rubinfeld, 2001, p. 385).

9 Se entiende por precio de reserva el precio máximo que está dispuesto a pagar un consumidor por un bien.

10 Gráfica tomada de Pindyck & Rubinfeld. 2001, pág. 384.

3. Discriminación de precios de tercer grado: es aquella práctica en virtud de la cual, se divide a los consumidores en dos grupos o más atendiendo a que la curva de demanda de cada uno, es distinta, lo que implica cobrarles un precio diferente a cada uno de los grupos. En ciertos casos, es posible que las empresas determinen los precios que deben cobrarse a cada grupo de consumidores de acuerdo a la elasticidad de la demanda, por lo cual, el precio más alto se cobra a los clientes que tienen la curva de demanda con una elasticidad más baja.

Como se evidencia en la gráfica, los consumidores están divididos en dos grupos y cada uno tiene una curva de demanda independiente, D1 y D2. Por lo tanto, el grupo 1 que tiene una curva de demanda menos elástica respecto del grupo 2 paga P1. Por su parte, el grupo 2 al tener una curva de demanda más elástica paga el precio más bajo P2. Como resultado de dicha práctica la empresa obtiene mayores beneficios al apropiarse del excedente del consumidor del grupo que paga P1, sin perder a los clientes del grupo que pagan P2. Con todo, es de suma importancia aclarar que para el empresario no será eficiente atender al segundo mercado más pequeño cuando el costo adicional de hacerlo, sea superior al ingreso adicional que puede obtener del mismo.

- El análisis realizado como se mencionó previamente se refiere exclusivamente a algunas modalidades de discriminación por precio. Sin embargo, resulta suficientemente ilustrativo como para demostrar que existen, en casos concretos, y de acuerdo a la realidad económica específica de los distintos agentes en el mercado, escenarios en los cuales puede resultar eficiente realizar prácticas de discriminación. Una visión negativa sobre la discriminación en materia económica no puede ser generalizada o determinada a priori. De hecho Alan J. Cox refiriéndose a dicho asunto sostiene que *“its benefits are frequently overlooked on legal or regulatory proceedings- as are the fundamental efficiencies that motivate many firms to practice such pricing. These benefits should be central to any legal discussion of price discrimination, since such pricing can enhance competition in the marketplace”* (Cox, 2004, p. 101).

Por ende, se considera que el derecho de la competencia no puede olvidar ni ser ciego a estas circunstancias. Resulta pertinente ponderar la eficiencia obtenida por dichas prácticas con la eventual afectación del derecho a la igualdad de los sujetos económicos insertos la relación específica sobre todo si se tiene en cuenta que el objetivo del derecho de la competencia debe ser la eficiencia.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente es dable sostener que hay situaciones en las que una discriminación de variables económicas puede implicar un daño grave a la competencia, es decir, puede traducirse en comportamientos anticompetitivos atendiendo a lo que el decreto 2153 de 1993 dispone. Sin embargo, las agencias de

competencia no pueden dejar de lado la realidad económica de ciertos mercados en los que imponer condiciones disímiles a los agentes, puede mejorar la eficiencia y por lo tanto, el bienestar de los consumidores. Dicha realidad es muchas veces olvidada como se puede apreciar del análisis que se realizó de los casos desarrollados por la SIC.

3.2 La equivalencia en contextos económicos complejos

En el análisis de las normas que se realizó anteriormente, se evidencia como para poder hablar de discriminación es necesario, como presupuesto inicial, determinar la existencia de condiciones análogas o equivalentes. La SIC en la Resolución 588 de 2003 ha entendido que *“para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el porqué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia”*.

De acuerdo con esta concepción de la SIC es necesario para la configuración de la discriminación, la ausencia de motivos justificados para tratar a dos agentes económicos de forma diferenciada. Por lo tanto, se requiere como premisa necesaria la existencia de un plano de equivalencia entre dichos sujetos. Sin embargo, a continuación se pretende plantar una perspectiva crítica de dicha premisa pues se considera que, en una realidad económica tan compleja como la de hoy en día es fácticamente difícil que dos agentes económicos estén en un plano de equivalencia y no exista ninguna circunstancia en las condiciones económicas subjetivas de cada uno que los diferencie y que por lo tanto, no permitan un trato diferente.

El doctor Alan J. Cox resalta las circunstancias específicas en las que puede resultar beneficiosa la discriminación de precios. El objetivo de la presente descripción es evidenciar las distintas condiciones y posibilidades que conllevan a que el contexto económico de dos sujetos sea disímil.

Discriminación de precios como una estrategia competitiva de distribución.
En ciertos casos, ciertos distribuidores son más eficientes que otros en vender los productos de una empresa en el mercado. Ello a través de la introducción de sistemas innovadores de distribución o de la realización de ciertas actividades que incrementan las ventas y causan un aumento en la competitividad. Como consecuencia a estas conductas los productores pueden incentivar a tales distribuidores con concesiones

en los precios que no se encuentran justificadas de acuerdo a una estructura de costos¹¹. Estos descuentos se traducen en incentivos para aumentar ventas y competir más fuertemente contra las otras marcas o productos en el mercado.

- Precios diferenciados como una vía para satisfacer demandas específicas del mercado. En ciertas circunstancias los distribuidores pueden necesitar determinados incentivos o descuentos en consideración a la naturaleza de la demanda que tienen los mercados particulares en los que compiten. Se hace referencia a aquellos casos en que ciertos mercados tienen una demanda baja, casos en los que los productores tienen que otorgarle descuentos adicionales a los distribuidores en aras de lograr o expandir las ventas en dichos mercados.

Adicionalmente, esta circunstancia se puede presentar cuando el producto está entrando a un nuevo mercado. En estos casos en específico, el costo del consumidor de cambiar su lealtad de marca hacia otra, puede implicar que el distribuidor tenga que incurrir en costos de mercadeo adicional; por ello, el productor se puede ver en la obligación de aplicar descuentos adicionales en aras de incentivar al distribuidor a hacer los esfuerzos necesarios para incursionar en un nuevo mercado.

Finalmente, es importante hacer referencia también a aquellos casos en que la sensibilidad de la respuesta de los consumidores al precio varía de mercado a mercado, por lo cual en el mercado A una diferencia mínima de precios puede implicar un aumento significativo en ventas. En este caso, el productor se verá tentado a otorgarle un mayor descuento al distribuidor que incursiona en el mercado A, que a cualquier otro distribuidor que opere en otro mercado en el que la sensibilidad al precio sea menor.

- Precios diferenciados como forma de prevenir integraciones ineficientes. En ciertos casos, pueden presentarse formas de integraciones verticales que implican la compra de los proveedores, por parte del consumidor, para reducir la dependencia del segundo hacia los primeros. Por ejemplo, un comprador intermedio en la cadena de producción de determinado bien puede querer integrarse en el mercado de su proveedor. En este contexto, una diferencia en los precios otorgada por parte del productor al comprador, que contempla la posibilidad de integrarse en el mercado del primero, puede prevenir una integración de este tipo que resultaría ineficiente económicamente hablando.

11 “For example, suppliers frequently grant volume discounts to particularly effective retailers. Branded gasoline is often sold with volumen discounts not directly related to the cost savings that are due to supplying high-volume gas stations” (Cox, 2004, pág. 103-104).

Se evidencia entonces que para determinar la condición de equivalencia entre dos agentes es necesario analizar circunstancias que trasciendan las condiciones que *prima facie* se deriven del modo, tiempo y lugar de cada uno de ellos. Lo anterior, obliga a profundizar sobre los elementos estructurales y característicos del mercado donde cada uno se encuentra tales como: nivel de eficiencia de los agentes económicos que desarrollen una actividad, naturalezas disímiles de la demanda que hagan difícil incursionar en ciertos mercados o tengan un grado diferente de sensibilidad al precio. Finalmente, es entonces dable sostener que bajo estos presupuestos de análisis tiene un alto grado de complejidad la determinación de la equivalencia entre dos agentes económicos, lo que implica, que sea difícil establecer la existencia de una **discriminación**.

CONCLUSIÓN

Finalmente se puede concluir que el anterior trabajo es un intento por esclarecerse y plasmar los principales avances que tanto la doctrina como la SIC han hecho frente al tema de la discriminación como práctica restrictiva de la competencia. Es así como al culminar el análisis de cada uno de los puntos objeto de estudio se pueden evidenciar los principales aportes. Sin embargo, es evidente que la discriminación como práctica restrictiva del mercado, es un concepto que aún se está formando y desarrollando, por lo tanto, será a partir de los casos que se vayan investigando y analizando que se podrá consolidar el concepto y avanzar en el mismo. Lo anterior, es aún más importante si se tiene en cuenta que la SIC, deberá considerar aspectos económicos como los que fueron expuestos, ya que la eficiencia tiene que ser el punto de partida. Puesto que cabe preguntarse ¿no será a través de la eficiencia que se logra el bienestar de los consumidores?

BIBLIOGRAFÍA

AREEDA, P.; KAPLOW, L. & EDLIN, A. (2004). *Antitrust Analysis*. New York: Aspen.

CEPEDA, M.J. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Comisión Colombiana de Juristas. *Constitución Política de Colombia*.

COX, A.J. (2004). The frequently forgotten benefits of price discrimination, en L. Wu (ed.), *Economics of antitrust: new issues, questions, and insights*. New York: National Economic Research Associates, Inc. 101-107.

CUBIDES CAMACHO, J. (2005). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

DE LEÓN, I. (2001). *Latin American Competition Law and Policy: A policy in Serch of Identity*. The Hague: Kluwer Law International.

- DE LEÓN, I. (2002). *Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia*. Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD).
- KLEIT, A. (ed.) (2005). *Antitrust and Competition Policy*. Northampton: Business Economics.
- M. FOX, E. & SOKOL, D. (eds.). (2009). *America, Competition law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing.
- MÁRQUEZ ROBLEDO, F. (2007). *Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MC CHESNEY, F. & SHUGHART, W. (eds.). (1995). *The causes and consequences of antitrust*. Chicago: The University of Chicago Press.
- MIRANDA LONDOÑO, A. (1993). “Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”. *Centro de Estudios de Derecho de la competencia*, 21-73.
- MIRANDA LONDOÑO, A. (1997). “Abuso de la posición dominante: perspectiva de la aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado”. *Revista Centro de Estudios de Derecho a la Competencia*, 21-73.
- MIRANDA LONDOÑO, A. (2002). Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. *Centro de Estudios de Protección de la Competencia*, 147-182.
- MIRANDA LONDOÑO, A. (2002). *Compilación documentos sobre derecho de la competencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MIRANDA LONDOÑO, A. (2007). Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. los beneficios de la competencia. *Revista Centro de Estudios de Derecho a la Competencia*, 1-132.
- PINDYCK, R.S. & RUBINFELD, D.L. (2001). *Microeconomía*. Madrid: Person Prentice Hall.
- VELANDIA, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- VELANDIA, M. (2008). Derecho de la competencia y del consumo, competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

