

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

MARÍA VIRGINIA ARCHILA

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2001

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

MARÍA VIRGINIA ARCHILA

Tesis de grado para optar al título de abogada

**Director:
Alfonso Miranda Londoño
Abogado**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2001

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D.C. 9 de marzo de 2001

**A Juan Pablo
Por tu libertad**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	16
PARTE GENERAL Régimen general de la libre competencia	
QUÉ ES LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA. POR QUÉ SE LA PROTEGE	23
1.1. CONCEPTO DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA	23
1.2. QUÉ ES EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	27
1.2.1. Aspectos y características del derecho de la competencia	28
1.2.1.1. El derecho a la competencia como derecho subjetivo y como derecho objetivo	28
1.2.1.2. El derecho de la competencia garantiza la libertad de los competidores y de los consumidores	29
1.2.1.3. El derecho de la competencia es un derecho individual y un derecho colectivo	29
1.3. QUÉ PROTEGE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	30
1.3.1. Evolución del derecho de la competencia en Los Estados Unidos de Norteamérica y bien jurídico protegido por el derecho "antitrust"	31
1.3.1.1. Criterio sociológico-político	32
1.3.1.2. Criterio estructuralista	33
1.3.1.3. Criterio de la eficiencia	34

1.3.2. Bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en la Comunidad Económica Europea	37
1.3.3. Bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en Latinoamérica	39
1.3.3.1. Perú	39
1.3.3.2. Venezuela	40
1.3.3.3. Colombia	41
1.3.4. Los objetivos de las políticas de competencia en Latinoamérica	44
2. ESTUDIO DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA	47
2.1. MARCO CONSTITUCIONAL	47
2.1.1. El derecho a la libre competencia económica	49
2.1.2. La libre competencia como derecho colectivo	51
2.1.2.1. La libre competencia como derecho individual y la acción de tutela	52
2.1.2.2. La libre competencia como derecho colectivo y las acciones populares	52
2.1.3. El derecho de igualdad de oportunidades	55
2.2. PERSPECTIVA LEGAL	59
2.2.1. Régimen general de la libre competencia	59
2.2.2. Sector de servicios públicos domiciliarios	60
2.2.3. Sector financiero	61
2.2.4. Sector portuario	61
2.2.5. Competencias para investigar las infracciones a las normas sobre libre competencia	62
2.3. DESARROLLO REGLAMENTARIO	64

3. CONDUCTAS QUE ATENTAN CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA: PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS	65
3.1. INDEBIDA CONCENTRACIÓN EN CARGOS ADMINISTRATIVOS	66
3.2. INTEGRACIONES EMPRESARIALES	69
3.3. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA	71
3.4. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA	74
3.5. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	75
3.6. CONDUCTAS EXENTAS: RÉGIMEN DE EXCEPCIONES	77
4. REGLAS DE ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA	81
4.1. LA REGLA DE LA RAZÓN	81
4.2. LA REGLA PER SE	83
5. PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS	88

PARTE ESPECIAL

Sección I

La posición dominante en un mercado y su abuso

6. QUÉ ES EL MERCADO	93
6.1. DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE MERCADO	93
6.2. TIPOS O ESTRUCTURAS DE MERCADO	94
6.2.1. Mercados competitivos	94
6.2.2. Mercados de competencia imperfecta	96
6.2.2.1. El monopolio	96
6.2.2.2. El monopsonio	98

6.2.2.3. El oligopolio	99
6.2.2.4. El oligopsonio	100
7. QUÉ ES POSICIÓN DOMINANTE Y QUIÉN TIENE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO	101
7.1. CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE	101
7.2. EL TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	105
7.2.1. La posición dominante en las diferentes normas	105
7.2.1.1. La Ley 155 de 1959	105
7.2.1.2. El Decreto 2153 de 1992	107
7.2.1.3. La Ley 142 de 1994. Ley de servicios públicos domiciliarios	107
7.2.1.4. El Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero	111
7.2.2. Jurisprudencia	113
7.2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional	113
7.2.2.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado	117
7.2.2.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	118
7.2.3. En Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio	120
7.2.4. Críticas y conclusiones frente a la falta de unidad conceptual de posición dominante en la legislación y la jurisprudencia nacionales	121
7.3. ¿EN COLOMBIA SE CASTIGA LA POSICIÓN DOMINANTE O EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE?	123
7.3.1. Consagración constitucional	124
7.3.1.1. Antecedentes del artículo 333 de la Constitución Política	124
7.3.2. Consagración legal	128

7.3.2.1.	Normas que castigan el abuso de la posición dominante en el mercado	128
7.3.2.2.	Normas que castigan la posición dominante en el mercado	129
7.4.	TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO NORTEAMERICANO	136
7.5.	TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO COMUNITARIO	139
7.6.	TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO LATINOAMERICANO	141
7.6.1.	Perú	141
7.6.2.	Venezuela	143
7.6.3.	Argentina	145
8.	DE LA PRUEBA DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO	147
8.1.	LA EMPRESA EN POSICIÓN DOMINANTE	148
8.2.	EL MERCADO RELEVANTE	149
8.2.1.	Mercado relevante del producto o servicio	150
8.2.1.1.	Sustituibilidad en la demanda	152
8.2.1.1.1.	Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo	152
8.2.1.1.2.	Otras sugerencias de Craig Conrath para determinar el grado de sustituibilidad de la demanda	155
8.2.1.1.3.	Análisis de la elasticidad cruzada de la demanda del producto o servicio	157
8.2.1.2.	Sustituibilidad en la oferta	160
8.2.1.2.1.	Análisis de la elasticidad cruzada de la oferta de un producto o Servicio	161
8.2.2.	Mercado relevante geográfico	164

8.2.3. El dominio de ese mercado o grado relevante de poder económico	170
8.2.3.1. Concepto	170
8.2.3.2. El poder de mercado en las diferentes clases de mercados de competencia imperfecta	172
8.2.3.2.1. Poder de mercado de los monopolios y los monopsonios	172
8.2.3.2.2. Poder de mercado de los oligopolios y los oligopsonios	172
8.2.3.3. Reglas relevantes para examinar la existencia del dominio por parte de una empresa	173
9. DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO Y SUS EFECTOS	188
9.1. CONCEPTO DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE	188
9.1.1. En el derecho colombiano	188
9.1.2. En el derecho norteamericano	189
9.1.3. En el derecho europeo	190
9.1.4. En el derecho latinoamericano	192
9.1.4.1. Perú	192
9.1.4.2. Venezuela	193
9.1.4.3. Argentina	193
10. DE LA PRUEBA DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE	194

Sección II

Ejercicio abusivo de la posición de dominio a través de precios predatorios.

11. ALGUNOS CONCEPTOS ECONÓMICOS	199
11.1. EL OBJETIVO DE LA EMPRESA	199
11.2. LA MAXIMIZACIÓN DE GANANCIAS	200

11.3. SOBRE LA PRODUCCIÓN	201
11.3.1. La ley de los rendimientos marginales decrecientes	203
11.4. EL CORTO PLAZO Y EL LARGO PLAZO	206
11.4.1. El largo plazo	206
11.4.2. El corto plazo	207
11.5. LOS COSTOS DE PRODUCCIÓN EN CONCRETO	208
11.5.1. Las diferentes clases de costos	209
11.5.1.1. Los costos fijos y los costos variables	209
11.5.1.2. Los costos totales	209
11.5.1.3. Los costos medios	210
11.5.1.4. Los costos marginales	211
11.5.2. La relación entre el costo medio y el costo marginal	212
11.5.3. La relación entre los costos y los ingresos	213
11.5.4. Los costos a corto plazo y a largo plazo	216
11.6. LAS ECONOMÍAS Y DESECONOMÍAS DE ESCALA	218
12. QUÉ SON PRECIOS PREDATORIOS	222
12.1. SON UNA MODALIDAD DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE	222
12.1.1. Bajo la ley colombiana	223
12.1.2. Bajo la legislación de los diferentes países	225
12.2. QUÉ SE ENTIENDE POR PRECIOS PREDATORIOS	227
12.3. UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA	229
12.4. DIFICULTADES EN LA CORRECTA DEFINICIÓN DE LA CONDUCTA	232

12.5.	LAS DIFERENTES CORRIENTES SOBRE LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS Y SU CONTROL	235
12.5.1.	La conducta es muy rara, casi imposible: no debe haber reglas para controlarla	235
12.5.2.	La conducta es posible y deben existir reglas de prohibición	237
12.6.	ELEMENTOS DE LOS PRECIOS PREDATORIOS	238
12.6.1.	Los precios por debajo de los costos - Elemento objetivo	238
12.6.1.1.	La venta a pérdida	238
12.6.1.2.	Los costos de la empresa en particular	239
12.6.1.3.	El costo que se toma como medida para identificación del precio predatorio: Las diferentes teorías	240
12.6.1.3.1.	El test Areeda Turner	240
12.6.1.3.2.	Reglas del Tribunal de Justicia Europeo	246
12.6.1.3.3.	Reglas de Jaskow y Klevorick	247
12.6.1.3.4.	Richard Posner	248
12.6.1.3.5.	Japón	249
12.6.1.3.6.	Como conclusión	249
12.6.2.	El objeto de eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos - Elemento subjetivo	251
12.7.	REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS	255
12.7.1.	La empresa debe tener un gran poder financiero	256
12.7.2.	Un gran poder de mantenimiento de la empresa	258
12.7.3.	Una recompensa futura	260

12.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS PRECIOS PREDATORIOS	263
12.8.1. Reglas de costos a corto plazo. Test Areeda Turner	263
12.8.2. Reglas de control a la expansión de la producción	265
12.8.3. Reglas que controlan aumentos de precios	268
12.8.4. Test de la razón	269
12.8.5. Reglas "Two-tier"	271
12.8.6. Como conclusión	273
13. DE LOS DIFERENTES FALLOS Y JURISPRUDENCIA SOBRE PRECIOS PREDATORIOS	275
13.1. EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	275
13.1.1. Desde la expedición de la Sherman Act en 1890 hasta los años 60's	275
13.1.2. De 1967 a 1986	278
13.1.3. De 1986 en adelante	280
13.2. EN CANADÁ	285
13.3. EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA	286
13.4. EN LATINOAMERICA	290
13.4.1. Venezuela	290
13.4.2. Argentina	294
13.4.3. Colombia	296
CONCLUSIONES	301
BIBLIOGRAFÍA	318

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Formación del precio	95
Figura 2. Elasticidad cruzada de la demanda	158
Figura 3. Elasticidad cruzada de la oferta	162
Figura 4. Curva de rendimientos marginales decrecientes	205
Figura 5. Curva de costo medio y costo marginal	212
Figura 6. Curva de costo marginal e ingreso marginal	214
Figura 7. Curva de decisión de producción en el corto plazo	215
Figura 8. Curva de planificación de costos a largo plazo	217
Figura 9. Las economías y deseconomías de escala	219

INTRODUCCION

Es el derecho de la competencia o "derecho de los mercados" una de las materias en las que existe mayor interdependencia entre el derecho y la economía. Por lo tanto, su entendimiento requiere del estudio armónico y complementario de las dos ciencias.

En la última década han sido expedidas en Colombia un número importante de normas sobre competencia, que se han venido incorporando a las legislaciones que gobiernan las actividades de los distintos sectores económicos. El derecho de los mercados ha empezado a adquirir importancia en el campo normativo, razón por la cual resulta necesario su estudio. En principio, el derecho de la competencia ha sido definido como una rama del derecho mercantil, pero actualmente trasciende el ámbito del derecho comercial: nuestras nuevas leyes buscan la protección mediata del orden económico al proteger de manera inmediata los mercados y convierte la materia en un tema de interés público. Esto se revela por la inclusión de varios artículos sobre competencia en la Constitución Política de 1991.

Dentro del marco normativo del derecho a la competencia se le ha dado especial relevancia al abuso de la posición dominante. Incluso la Carta Política de 1991,

en su artículo 333, inciso 4° lo menciona así: *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.*

En el marco general del derecho de la competencia encontramos al abuso de posición dominante como una especie de las denominadas prácticas restrictivas de la competencia. Y la legislación presume que cuando hay posición dominante y se cobran precios por debajo de los costos con el objeto de eliminar a los competidores del mercado, esta conducta constituye un abuso de dicha posición (artículo 50 N°1 del Decreto 2153 de 1992).

En efecto, los precios predatorios son definidos por la ley colombiana 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* (artículo 50 N°1 del Decreto 2153 de 1992).

A primera vista no se percibe que una venta por debajo de costos deba ser censurada, porque si el objeto del derecho de la competencia es el bienestar del consumidor, se pensaría que un bajo precio lo beneficia. No obstante, y por regla general*, la ley los entiende como una forma de abuso de la posición dominante y los castiga como práctica restrictiva de la competencia cuando esa rebaja en el

* Esta regla está exceptuada en el régimen de los servicios públicos domiciliarios, donde no se requiere tener posición dominante para incurrir en la conducta.

precio tenga por objeto eliminar o prevenir la entrada o expansión de los competidores en el mercado.

La conducta puede describirse de la siguiente manera: Una empresa con posición dominante en un mercado empieza a vender sus productos a un precio por debajo de sus costos (esto es a pérdida) durante un lapso de tiempo con el propósito de excluir a uno o varios competidores del mercado o a evitar la entrada o expansión de éstos.

Una vez la empresa logre cumplir su propósito de acabar con la competencia y haya visto aumentar su propio poder y participación de mercado, elevará los precios de sus productos por encima del nivel de precios de un mercado competitivo (precio monopolístico) para recuperar los costos en que incurrió durante el periodo de la práctica de precios predatorios y ganar, en el largo plazo, unas utilidades extraordinarias.

Con esta prohibición el mal que se trata de evitar es que la empresa con posición de dominio use la participación obtenida en el mercado a través de los precios predatorios para fijar en el largo plazo precios monopolísticos. En un principio los consumidores serán beneficiados por la baja en los precios, pero el problema vendrá a mediano y largo plazo, cuando el "predador" logre desplazar a sus competidores y eleve los precios a un nivel monopolístico. En ese momento los consumidores se verán afectados por la práctica predatoria, pues no tendrán más opción que comprar a este precio monopolístico, porque ya no habrá competencia.

La identificación de los precios predatorios resulta sumamente complicada ya que esta conducta tiene el mismo propósito que el de la libre y leal competencia: prevalecer en el mercado relevante y excluir a los competidores. Se está en la búsqueda de la definición de precios correctos y precios incorrectos*. Por lo tanto, la labor de la autoridad que investiga la práctica consiste en distinguir un precio predatorio de un precio competitivo. Y resulta de vital importancia una correcta identificación de los precios predatorios para no afectar o alterar el correcto funcionamiento del mercado que se estudia.

Ahora, si bien esta conducta está expresamente prohibida por la legislación colombiana hasta el punto de tener objeto ilícito (artículo 1519 del C.C. y 46 del Decreto 2153 de 1992), a la fecha de presentación de este trabajo no se han adelantado investigaciones importantes ni han habido sanciones en este sentido por parte de las autoridades administrativas encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas sobre competencia. En pocas palabras, no se ha aplicado la ley vigente. Creo que la principal razón es la ausencia de un cuerpo de doctrina que explique las distintas modalidades que pueden revestir los precios predatorios y sus repercusiones en el campo de los negocios; y debido a la dificultad en saber qué se debe probar y cómo.

* Y son precios correctos los que responden a una "competencia por méritos", que implica que la rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores esté basada en términos de eficiencia (esto es precios y calidad).

La estructura económica y empresarial del país está conformada por grandes oligopolios con posición dominante en varios sectores económicos. Es evidente el grave problema de concentración económica de la riqueza, la concentración del ingreso, de la propiedad accionaria y de la participación en los mercados (ejemplos de éstos son la aviación, las cementeras, las telecomunicaciones, los puertos, etc...). En varios sectores se observa de manera reiterada la práctica de esta conducta y la impotencia del Estado frente a las investigaciones que debe adelantar.

El trabajo tiene por objeto explicar el concepto de "precios predatorios" desde una perspectiva jurídica y económica. Igualmente expone las diferentes metodologías que se han diseñado a nivel mundial para la identificación y prevención de la conducta. Y finalmente propone una metodología en la investigación que se adelante para determinar e identificar a una empresa que esté incurriendo en esta práctica en un mercado en Colombia.

PARTE GENERAL

RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

En la primera parte del trabajo se expone, de manera general, el régimen de la libre competencia.

Primero se define competencia y el derecho a la libre competencia en los mercados, luego se aborda el objeto jurídico protegido por las normas sobre libre competencia. En esta parte del estudio se hace un examen de los diferentes sistemas legales: La evolución que ha sufrido el bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en el derecho norteamericano y los lineamientos de las legislaciones de la Comunidad Económica Europea y los distintos países latinoamericanos: Venezuela Perú y Colombia.

Luego se estudia el tratamiento de la libre competencia en Colombia. En primer lugar se desarrolla el marco constitucional, seguidamente una perspectiva legal de las normas sobre competencia en los distintos sectores económicos y su desarrollo reglamentario.

Se enumeran las diferentes conductas o prácticas restrictivas de la competencia y el régimen de excepciones; se exponen los dos sistemas de análisis de las

conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia y; finalmente, se realiza una síntesis del procedimiento administrativo de investigación y sanción por la violación de las normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

1. QUÉ ES LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA. POR QUÉ SE LA PROTEGE

1.1. CONCEPTO DE LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

El significado de libre competencia económica no es claro, no hay un concepto unívoco en la doctrina. Sin embargo, trataré de hacer una aproximación a su definición.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española competencia es *la disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa. También es la oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran obtener la misma cosa*¹.

Entonces, al hablar de competencia económica podríamos decir que ésta es la disputa o rivalidad entre dos o más sujetos, que se denominan competidores, sobre alguna cosa económica, que será obtener la mayor cantidad de clientela en un mercado.

Al involucrar el derecho a la libertad en el concepto de competencia económica, vemos que las normas jurídicas (que conforman el derecho de la competencia), al

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 19 ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1970. p. 331.

proteger la competencia económica, protegen la libertad de competir, esto es, de disputar por obtener la mayor cantidad de clientela a través de los precios, la calidad y las clases de productos o servicios que se ofrecen al público. Como lo dice el profesor Joaquín Garrigues:

La competencia es el modo natural de manifestarse la libertad económica y la iniciativa privada del empresario, y, en consecuencia, es la base del sistema capitalista. Libertad y competencia se han hecho términos sinónimos.

... La base de la competencia es la libertad de actuación económica. Los empresarios han de decidir libremente respecto al precio, calidad y condiciones de los productos o servicios que ofrecen. Del mismo modo, los adquirentes han de tener libertad en la elección respecto de cada uno de esos elementos².

La Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia de la República de Venezuela, define la libre competencia económica como *aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes*

² GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Tomo I. Bogotá: Temis, 1987, p. 218.

*están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio*³.

De acuerdo con esta definición, la libre competencia económica se entiende como la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en una actividad económica como oferente o demandante. Involucra la libertad de decidir cuando entrar y salir de un mercado, sin que nadie pueda imponer, individual o conjuntamente, condiciones en las relaciones de intercambio o condiciones de la relación comercial. En un ambiente de libre competencia los compradores y vendedores –oferentes y demandantes de bienes y servicios- establecen de manera libre estas relaciones, en la medida en que favorezcan a ambas partes. Es así como se establecen los precios en estos mercados.

El doctor Miranda, por su parte, entiende a la libre competencia económica como *la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores, y de formar y mantener una clientela*⁴.

Pero ¿es la libre competencia una libertad absoluta? Si no ¿cuáles son su límites?

³ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA PROMOCION Y PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sobre el régimen de Libre Competencia en Venezuela, p. 1 Disponible en Internet: www.procompetencia.gov.ve

⁴ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. En: _____. Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999, p. 18. (Colección Seminarios N° 10).

Joaquín Garrigues afirma que la competencia es un fenómeno jurídico, a pesar de que los móviles sean económicos, pues la convivencia humana está siempre sometida al derecho y éste supone siempre una limitación dentro de la libertad.

Entonces la limitación a la libertad de competencia es la que se deriva de los derechos de los demás, consagrados en la Constitución Política y las leyes⁵.

En otras palabras, la libre competencia es el derecho de todos los individuos a ejercer su libertad económica, dentro de los límites impuestos por la ley.

Sin embargo, de esta definición surgen varios interrogantes, tales como: ¿Qué es el derecho de la competencia? ¿Qué protege el derecho de la competencia? y ¿Cuáles son los objetivos de las políticas de competencia? Todas estas preguntas se abordan a continuación y se da claridad sobre su significado e importancia.

⁵ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA. Op. cit. p. 1.

1.2. QUÉ ES EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El doctor Miranda define el derecho de la competencia 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*⁶.

El derecho a la competencia comprende entonces la regulación del funcionamiento de los mercados. En los Estados Unidos de Norteamérica se considera a las leyes antimonopolísticas (que son las que regulan el derecho de la competencia en ese país) como “... *la Carta Magna de la libertad de empresa. Ellas son tan importantes para la preservación de la libertad económica y el sistema de libre empresa, como la Declaración de Derechos lo es para la protección de los derechos personales fundamentales*”⁷.

⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho de la competencia en Colombia. Revista de Derecho Económico N° 9 (1989), p. 53; citando a MERKIN, Robert. Competition Law in The United Kingdom and the E.E.C.

⁷ ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. BUREAU OF COMPETITION. FEDERAL TRADE COMMISSION. Promoting Competition Protecting Consumers: A plain english guide to antitrust laws, p. 2. Disponible en internet: www.ftc.gov/bc/compguide/preface.htm, citando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de United States vs. Topco Associates, Inc. 1972. La traducción es mía.

1.2.1. Aspectos y características del derecho de la competencia.

1.2.1.1. El derecho a la competencia como derecho subjetivo y como derecho objetivo. El derecho a la libre competencia puede observarse como derecho subjetivo y como derecho objetivo. La libre competencia como derecho subjetivo contiene tanto facultades como obligaciones en cabeza de sus titulares. Y como derecho objetivo es el conjunto de normas y reglas generales que deben acatar los sujetos económicos.

En efecto, la Corte Constitucional ha dicho:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes económicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres⁸.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

1.2.1.2. El derecho de la competencia garantiza la libertad de los competidores y de los consumidores. El derecho de la libre competencia económica garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de una clientela; y de la misma forma, garantiza la libertad de los consumidores para escoger y adquirir en el mercado bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones de competencia⁹.

1.2.1.3. El derecho de la competencia es un derecho individual y un derecho colectivo. La libre competencia es un derecho individual, por cuanto les da los particulares la oportunidad de participar en el mercado libre y equitativamente.

Considero que la libre competencia, en sentido jurídico, significa la igualdad de oportunidades que tienen los competidores y los consumidores de participar en el mercado¹⁰.

En efecto, los particulares afectados por prácticas restrictivas de la competencia pueden acudir ante los órganos competentes a denunciar al infractor y solicitar así la protección de su derecho (artículo 12.2 del Decreto 2153 de 1992).

La libre competencia es también un derecho colectivo que está radicado en cabeza de toda la comunidad: de los consumidores y usuarios de bienes y

⁹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. Op. cit, p. 18.

servicios, que de no existir competencia económica, se verían sometidos al ejercicio del poder monopólico y al abuso de posición dominante en términos de costos y calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan¹¹. El artículo 88 de la Constitución Política reconoce al derecho a la libre competencia económica como un derecho colectivo y la Ley 472 de 1998 regula las acciones populares para su protección.

1.3. QUÉ PROTEGE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como lo afirma el doctor Miranda¹², el derecho de la competencia ha sido contemplado bajo los lineamientos de diversas corrientes sociales, económicas, políticas, jurídicas y filosóficas de cada época histórica. Y es de acuerdo a los cambios históricos que ha variado la concepción de qué se protege y de cuál es el objetivo de estas normas.

Expongo un breve resumen de la evolución del derecho de la competencia en el sistema legal norteamericano - país donde nació el derecho "antitrust" -, y luego me refiero al bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en los diferentes sistemas legales.

¹⁰ Garrigues afirma que el sentido jurídico de la libre competencia es la igualdad de los competidores ante el derecho.

¹¹ VELEZ CABRERA, Luis Guillermo. Los objetivos de las normas antimonopolísticas: planteamientos para un debate. En : Revista de Derecho Privado N° 10, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

1.3.1 Evolución del derecho de la competencia en Los Estados Unidos de Norteamérica y bien jurídico protegido por el derecho "antitrust". En el periodo comprendido entre 1879 y 1904 la economía norteamericana sufrió una gran transformación con el inicio del proceso de fusión de numerosas empresas. Mediante integraciones y fusiones estas empresas se expandieron a lo largo y ancho de todo el país, constituyendo nuevas empresas con grandes inversiones de capital, capacidades y producciones. Estas nuevas organizaciones se llamaron monopolios o "trusts".

Fue como reacción a este movimiento de fusiones, que el Congreso se preocupó por expedir un cuerpo de leyes que controlara ese fenómeno económico, y que imponen al Gobierno la obligación de impedir los monopolios y de mantener la competencia. Puede afirmarse que el derecho de la competencia nació en los Estados Unidos de Norteamérica, con la expedición de la primera ley *antitrust* del mundo: La Sherman Act de 1890¹³.

¹² MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho de la competencia en Colombia. Op. cit, p. 54.

¹³ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En: _____. Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999, p. 147. (Colección Seminarios N° 10).

En los años siguientes se expidieron otras leyes importantes dentro de las cuales resalto La Clayton Act y La Federal Trade Commission Act, ambas de 1914, y La Robinson – Patman Act de 1936.

1.3.1.1. Criterio sociológico-político. Desde la expedición de la Sherman Act de 1890 y hasta un poco más de la mitad del siglo XX, las leyes antimonopolísticas se aplicaron en los Estados Unidos de Norteamérica con la finalidad exclusiva de controlar el poder de los grandes conglomerados industriales a favor de los pequeños empresarios y las pequeñas industrias.

El criterio sociológico-político, o no económico del derecho de la competencia - como lo denomina el Dr. Miranda-, estaba orientado a condenar la concentración del poder económico con el objeto de proteger a las pequeñas empresas, pero sin tener en consideración las condiciones de eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores.

En esta época la protección a la competencia consistió en dispersar el poder económico entre muchos competidores con igual poder económico y permitir la libre entrada de éstos al respectivo mercado, evitando que algún agente tuviera la capacidad de ejercer presiones indebidas sobre el mismo. Se consideraba que la excesiva concentración del poder económico podía producir presiones políticas antidemocráticas. En esta época en que se protegía a las pequeñas empresas, se

protegía la competencia entendida como la igualdad de los competidores en el mercado y se consideraba que los monopolios eran ilegales per se¹⁴.

El ejemplo por excelencia de la aplicación de este criterio se ve en la sentencia de United States vs. Aluminium Co. of America (ALCOA), en la cual el juez Learned Hand dijo *“existe la creencia de que los grandes conglomerados industriales son inherentemente indeseables, independientemente de sus resultados económicos.”*¹⁵

1.3.1.2. Criterio estructuralista. A partir de la segunda mitad del siglo anterior la Corte Suprema de Justicia adopta el criterio estructuralista después de observar que las consideraciones económicas tenían gran importancia dentro del análisis antimonopolístico¹⁶.

Bajo este criterio se entendió que la estructura del mercado objeto de estudio determinaba el comportamiento de las empresas que lo conformaban. Se estudió entonces si el mercado era concentrado o poco concentrado, lo cual se mide sumando el número de empresas que operan en él y el grado de participación de estas empresas en el mercado.

¹⁴ Esto se deduce de dos sentencias significativas: 1. United States vs. Aliminium Co. of América (1945) y 2. United States vs. Columbia Steel Co. (1948)

¹⁵ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. Op. cit, p. 152.

¹⁶ Ibid., p. 153.

Una vez hecho esto, se observó que el comportamiento de las empresas determina los resultados que arroja el mercado en su conjunto, en términos de producción, precios y calidad de los bienes y servicios.

Se examinaron entonces con mayor cuidado los comportamientos de las empresas en los mercados oligopólicos, y se concluyó que los acuerdos realizados por las empresas que lo conforman, producían necesariamente efectos anticompetitivos. Se creó así la regla *per sé* en virtud de la cual el juez presume de derecho la ilegalidad de ciertas conductas sin entrar a estudiar las causas o sus efectos. Se trata de conductas que por el sólo hecho de incurrir en ellas son ilegales sin que valga ninguna clase de justificación. Más adelante explicaré las reglas de interpretación de las normas sobre competencia.

1.3.1.3. Criterio de la eficiencia. A partir los años 80's del siglo pasado, las Cortes cambiaron el enfoque de las normas antimonopolísticas en los Estados Unidos de Norteamérica. El nuevo enfoque fue influenciado por la Escuela de Chicago, que seguía los postulados del economista Milton Friedman.

Esta escuela planteó una nueva forma de interpretar las normas antimonopolísticas bajo un criterio estrictamente económico: Propuso que el derecho "antitrust" norteamericano tuviera un nuevo método de estudio al que se llamó *Economic Analysis of the Law*, y que tiene por objeto el análisis y estudio del

derecho mediante los métodos, técnicas y modelos creados y desarrollados por la ciencia económica.

Para esta escuela las leyes "antitrust" tienen un solo objetivo: maximizar el bienestar del consumidor. Y será la mayor eficiencia en la producción la que determine el bienestar del consumidor, pues mientras las empresas sean más eficientes, los precios tenderán a bajar. Así será beneficiado el consumidor.

Se concluye entonces que el objeto de las leyes antimonopolísticas es lograr la máxima eficiencia de la producción, sin importar las desigualdades socio-políticas que se puedan crear entre las grandes y las pequeñas empresas. Bajo este criterio, las leyes antitrust protegen a la competencia en sí misma y no a los competidores, porque según consideran importantes tratadistas como el juez Bork: *“entre más eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor”*.

Se propuso entonces que los principios e instituciones jurídicas debían ser sustituidos por el criterio de la eficiencia económica.

Bajo este criterio, la concentración económica es legal si puede justificarse y responder a una "racionalidad económica". La racionalidad se determina cuando se establece que la práctica está dirigida a la búsqueda de una mayor eficiencia económica, de mayores beneficios y utilidades al conjunto del conglomerado social. Jurídicamente una determinada situación de monopolio o concentración de

poder puede parecer anticompetitiva, pero puede justificarse por la utilidad económica que genera.

Las Cortes han dicho que la legalidad de una concentración económica se demuestra a través de los factores de eficiencia, competencia e innovación¹⁷, así:

Eficiencia: Una empresa puede alcanzar el dominio del mercado por medio de las economías de escala y puede mantener su posición de dominio por un funcionamiento superior.

Competencia: La disponibilidad de productos sustitutos, tanto de fuentes exteriores como domésticas, puede reflejar con mayor fidelidad la intensidad de la competencia y la dimensión de las empresas en el mercado.

Innovación: La capacidad de una empresa para beneficiar al público creando productos deseables y vendiéndolos a precios atractivos puede ser la principal razón de su asentamiento en el mercado.

Entonces, bajo este criterio sólo se condenará a los monopolios cuando se demuestre que éstos crean ineficiencias al restringir la producción, con el objeto de elevar los precios en detrimento de los consumidores y de la economía, en general.

¹⁷ SPENCER, Milton H. Economía contemporánea. 3 ed. Barcelona: Reverté, 1993, p. 609.

Actualmente se viola la ley sólo si la empresa trata de mantener su posición de monopolio a través de métodos irrazonables. Para las Cortes el factor clave en la determinación de una práctica irrazonable es si ésta no tiene una justificación económica¹⁸.

Como conclusión:

Se puede ver que a lo largo de la historia del derecho "antitrust" en los Estados Unidos de Norteamérica el objeto o bien jurídico protegido por las leyes antimonopolísticas ha variado. En un principio, las Cortes protegían a los competidores, a las pequeñas empresas, esencialmente. Después se protegió la estructura del mercado, y actualmente las normas antimonopolísticas protegen fundamentalmente el bienestar del consumidor, para que éste tenga la posibilidad de elegir entre muchos productores un producto especial al precio más bajo y de la mejor calidad. Y este bienestar del consumidor se logra a su vez, protegiendo la eficiencia en el mercado.

1.3.2. Bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en la Comunidad Económica Europea. Las normas que protegen el derecho de la competencia de la Comunidad Económica Europea tienen un enfoque distinto al

¹⁸ ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. BUREAU OF COMPETITION. FEDERAL TRADE COMMISSION. Op. cit., p. 5.

norteamericano. En efecto, se considera como función de las normas de libre competencia, tanto la protección de las empresas intracomunitarias, como de los consumidores.

Las normas comunitarias están dirigidas a proteger a los competidores y favorecer la concentración económica de las empresas intracomunitarias, para así poder afrontar la competencia de empresas norteamericanas y japonesas en el Mercado Común. Esto se desprende del "Memorándum sobre los problemas de la concentración en el Mercado Común" de 1965¹⁹.

Bellamy y Child²⁰, por su parte, dicen que las reglas comunitarias de libre competencia tienen tres amplias funciones: 1) Prevenir que se establezcan barreras al comercio por acuerdos particulares entre empresas, por abusos de posiciones de monopolio o por subsidios estatales. 2) Preservar una competencia efectiva como semilla para la creación de un mercado único, e 3) Incentivar la eficiencia, la innovación y los precios más bajos, dándole estímulo a las pequeñas y medianas empresas.

Entonces se entiende la legislación antimonopolios favorece la integración de empresas intracomunitarias para protegerlas de la competencia extranjera, pero

¹⁹ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la competencia. Bogotá: Legis, 1998, p. 125.

²⁰ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid: Civitas, 1992, p. 38.

castiga cualquier barrera al comercio producida por acuerdos entre empresas, por abusos de posiciones dominantes o por subsidios estatales. Adicionalmente, las normas comunitarias buscan incentivar la eficiencia, la innovación y los bajos precios, lo que se traduce en una protección al consumidor, quien podrá adquirir productos de mejor calidad a más bajos precios.

Garrigues dice que *"la libertad de competencia favorece el competidor al permitirle el acceso incondicionado a la industria mercantil y al garantizarle una igualdad frente a los competidores, y porque se entiende también que de esta manera se favorece más todavía al público en general, que se beneficia de la competencia"*²¹.

1.3.3. Bien jurídico protegido por el derecho de la competencia en Latinoamérica. En la legislación de los diferentes países de Latinoamérica se observa la adopción de las políticas e ideologías, tanto de la legislación "antitrust" estadounidense, como de las normas sobre libre competencia de la Comunidad Económica Europea.

1.3.3.1. Perú. Por ejemplo, en la República de Perú el objeto de la Ley por la cual se eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la competencia es *eliminar las prácticas monopólicas controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de*

²¹ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit, p. 232

servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores (artículo 1° del Decreto Legislativo N°701).

De este artículo se desprende que el sistema legal peruano acoge la doctrina estadounidense inspirada por la escuela de Chicago, por cuanto propende proteger la libre competencia económica en sí misma, con el objetivo fundamental de alcanzar el mayor beneficio del consumidor.

1.3.3.2. Venezuela. En la República de Venezuela, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia tiene por objeto *promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica (artículo 1°).*

Esta ley tiene como fin último garantizar la libre competencia y la eficiencia en los mercados en beneficio de todos los que participan en ellos, estos son: los competidores y los consumidores²².

La Ley de Venezuela acoge los postulados de la Escuela de Chicago que busca incentivar la eficiencia en los mercados, pero el objetivo es distinto. Esta ley

busca el beneficio tanto de los competidores, como de los consumidores. Y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (en adelante Procompetencia) autorizará los acuerdos horizontales y verticales, que en principio restringen la libre competencia, en virtud del peso que tenga la eficiencia que éstos generan sobre el mercado (artículo 18).

Sin embargo, el objeto de la ley de libre competencia de este país se ha visto modificado por la Constitución Bolivariana sancionada el pasado 17 de noviembre de 1999. Conforme a su artículo 113 cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzca a su establecimiento, es contrario a los principios fundamentales de la Constitución. Igualmente, es contrario a dichos principios el abuso de la posición dominante. Se menciona que la finalidad de la acción del Estado contra estas situaciones es la protección del público consumidor, los productores y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.

Puede decirse que ya no es objetivo de las normas sobre libre competencia en la República de Venezuela incentivar la eficiencia en los mercados, en razón a la prohibición al establecimiento de los monopolios.

1.3.3.3. Colombia. En Colombia el objeto de las leyes de libre competencia fue definido por la Corte Constitucional así:

²² VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE LA LIBRE

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

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

*restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración*²³.

De acuerdo con lo dicho en esta sentencia, el objeto tutelado por el derecho es la competencia en sí misma, independientemente de los competidores. Y debe buscarse la eficiencia del aparato productivo para obtener así el bienestar de los consumidores. Por su parte, el artículo 333 de la Constitución Política atribuye facultades al legislador para delimitar el alcance de la libertad económica.

El Decreto 2153 de 1992, en desarrollo del artículo 333 de la Constitución Política, consagra las finalidades del derecho de la competencia en el artículo 2 N° 1, al señalar las funciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio, así:

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

“Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas ...para alcanzar, en particular las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar

²³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.”

Estos objetivos hacen referencia a las diferentes escuelas ideológicas del pensamiento económico y a los diversos momentos en la evolución del derecho de la competencia: La eficiencia económica y el bienestar del consumidor corresponden a los postulados de la escuela de Chicago. La defensa o protección a la pequeña y mediana industria acoge el enfoque europeo, en la medida en que garantiza la libre entrada a los mercados.

En síntesis, a pesar de que la Corte consagra que el único bien jurídico protegido por las normas constitucionales sobre libre competencia es el proceso de competencia, con independencia de los competidores, las demás normas sobre competencia en Colombia protegen tanto al competidor, como al consumidor y están destinadas a mejorar la eficiencia en el mercado.

1.3.4 Los objetivos de las políticas de competencia en Latinoamérica. Las políticas de competencia en los países latinoamericanos están cambiando al compás de los procesos de ajuste estructural y apertura económica de los últimos años. Estos procesos han llevado a que los gobiernos sustituyan los instrumentos tradicionales de intervención económica como los subsidios, los monopolios estatales, etc., por marcos regulatorios precisos y concretos que garanticen el funcionamiento del mercado dentro de las reglas de libre competencia económica.

Los nuevos instrumentos políticos del Estado son, entre otros, las privatizaciones y la inversión de capital extranjero en los procesos productivos.

Un documento²⁴ de SELA²⁵ (Sistema Económico Latinoamericano), establece que la legislación nacional de competencia debe orientarse en particular a lo siguiente:

- Mantener la unidad y transparencia del mercado.
- Luchar contra las barreras invisibles creadas por las empresas a través de acuerdos o pactos,
- Luchar contra los carteles y los monopolios y controlar la concentración de empresas.
- Impedir el abuso del poder económico que resulta de la posición de dominio de una empresa.

²⁴ SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO. Publicaciones SELA. Notas estratégicas N° 27 (1996). Disponible en internet: www.lanic.utexas.edu/project/sela.

²⁵ SELA. Sistema Económico Latinoamericano. No es propiamente un tratado o acuerdo de integración, sino un foro de integración económica y social de problemas latinoamericanos. Fue creado en 1975 mediante el Convenio de Panamá. Tiene una función de apoyo a los procesos de integración económica de América Latina, promueve la formulación y ejecución de programas y proyectos económicos y sociales para estados miembros. Del SELA hacen parte todos los países iberoamericanos, incluido Colombia.

SELA tiene sede en Caracas y sus órganos de dirección son: El Consejo Latinoamericano, como instrumento superior en el que están presentes todos los estados miembros; los comités de acción, que se constituyen para la realización de estudios y programas específicos y para la adopción de posiciones negociadoras conjuntas; y la secretaría permanente, que es el órgano técnico administrativo (LEGIS. Régimen de Integración Económica, p. 2).

- Racionalizar la producción y distribución de bienes y servicios.
- Luchar contra la inflación manteniendo la fluidez de los mercados y la presión a la baja de los precios, y
- Desempeñar un papel fundamental en el logro de la competitividad.

Este marco sugiere que las normas sobre competencia deben orientarse a proteger, garantizar y promover la libertad de acceso al mercado y deben buscar el equilibrio entre los competidores e igualar las oportunidades en los mercados. Sostiene, a su vez, que se debe crear una entidad estatal especial, encargada de promover una “cultura de libre competencia” y vigilar el cumplimiento de estas normas por parte de todos competidores.

9. ESTUDIO DEL DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA.

En esta parte del estudio se describe, de manera general, el marco normativo del derecho de la competencia en Colombia. Esto es, el marco constitucional del derecho de la competencia, y su desarrollo legal y reglamentario. Finalmente se enuncian las conductas que atentan contra la libre competencia.

2.1. MARCO CONSTITUCIONAL.

Como bien lo dice el Dr. Miranda, para que un mercado pueda funcionar de manera eficiente es necesario que el Estado garantice - a través de su Constitución Política - ciertos derechos económicos, tales como la propiedad privada, la libertad de empresa y la iniciativa privada, la libertad para escoger profesión u oficio, la libertad de asociación y de manera principal, la libertad de competencia económica²⁶.

Al desarrollar el marco constitucional del derecho de la competencia en Colombia necesariamente debemos hacer referencia a la Constitución Política de 1886, en vigencia de la cual se expidieron las primeras normas sobre competencia en el

²⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. Op.cit., p. 18.

país, tales como la Ley 155 de 1959. En la Constitución Política de 1886 estaban consagrados los derechos de propiedad privada (art. 30), la libertad de empresa e iniciativa privada (art. 32), la libertad para escoger profesión u oficio (art. 39) y la libertad de asociación (art. 44), pero no había mención expresa de la libertad de competencia. Las leyes sobre competencia se expidieron con fundamento en el artículo 32, que establecía:

"Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral..."

En la Constitución Política de 1991 se introdujeron numerosos artículos que tienen relación con la libre competencia económica y se consagró de manera expresa el derecho a la libertad de competencia económica en el artículo 333.

No pretendo hacer un vasto estudio sobre el marco constitucional actual de la libre competencia en Colombia, sólo resaltar tres puntos que considero trazan sus lineamientos constitucionales, a saber: 1) La libertad de la actividad económica y la libre competencia económica como derechos. 2) La libre competencia económica como derecho colectivo y 3) El derecho de igualdad de oportunidades.

En efecto, el artículo 333 de la Constitución Política consagra la libertad de la actividad económica y la libre competencia económica como *derecho de todos que supone responsabilidades*. El artículo 88 nos habla de la libre competencia económica como un derecho colectivo y los artículos 334 inc. 1 y 75 consagran la igualdad de oportunidades como política de intervención del Estado en la economía y como derecho fundamental.

Me propongo a analizar los conceptos consagrados en las normas ya citadas.

2.1.1. El derecho a la libre competencia económica. El artículo 333 de la Constitución Política consagra los derechos a la libertad de empresa y a la libre competencia económica, así:

“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.”

De acuerdo con este artículo, la Constitución eleva la libre competencia a principio rector de la actividad económica en beneficio de los consumidores y de la misma libertad de empresa²⁷.

Pero al establecerse que *la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*, se entiende que el ejercicio del derecho individual a la libre competencia encuentra su límite y exceso en donde empieza la función social que debe cumplir dicho derecho en una sociedad competitiva de libre mercado²⁸.

La finalidad de esta norma tiene relación directa con la competencia que se da en los mercados de bienes y servicios como lugares de encuentro de todas aquellas personas que están dispuestas a intercambiar bienes económicos. En efecto, la

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-240 del 23 de junio de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op. cit, p. 83.

importancia de que existan mercados libres, competitivos y transparentes justifica la permanente acción estatal dirigida a preservarlos o a imponerlos con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente²⁹.

Le corresponde a la ley establecer las prohibiciones de las conductas que tengan por efecto impedir, restringir, obstaculizar o falsear la libre competencia en cualquier mercado de bienes y servicios. Esto resulta esencial para conformar y mantener mercados eficientes y para que la libre competencia pueda ser un “derecho de todos”, como lo consagra la Constitución (C.P. art. 333).

En relación con la posición dominante, se observa que la voluntad del constituyente no es a acabar con los monopolios, sino a evitar el abuso de posición dominante en el mercado. Este tema se estudiará en la sección primera de la parte especial del presente trabajo.

2.1.2. La libre competencia como derecho colectivo. Como lo mencioné en el punto anterior, el derecho a la libre competencia es un derecho tanto individual como colectivo.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

2.1.2.1. La libre competencia como derecho individual y la acción de tutela.

Tomando el derecho de la competencia como derecho individual, se han interpuesto numerosas acciones de tutela por su violación. Frente a este punto la Corte Constitucional, ha dicho - en numerosos fallos -, que el derecho a la libre competencia no es un derecho fundamental y que por lo tanto, sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T- 375 de 1997³⁰ dijo lo siguiente:

“... la libertad de competencia y la libre competencia son derechos que no tienen el carácter de fundamentales y que, por ende, sus vulneraciones no son objeto de la acción de tutela”.

2.1.2.2. La libre competencia como derecho colectivo y las acciones populares. El artículo 88 de la Constitución Política clasifica al derecho a la libre competencia económica como un derecho colectivo y autoriza la interposición de acciones populares y de grupo contra sus vulneraciones, así:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-375 del 14 de agosto de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

y salubridad públicos, la moralidad administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas por daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos o intereses colectivos.”(Subrayo).

La Ley 472 de 1998 desarrolló este artículo y reguló las acciones populares y de grupo.

El literal i) del artículo 2 de la Ley 472 de 1998, dice que la libre competencia económica es un derecho e interés colectivo.

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-215 de 1999³¹ dijo lo siguiente:

“...dentro de los mecanismos de protección de los derechos constitucionales, la Carta de 1991 elevó a canon constitucional, acciones que tiempo atrás existían en el sistema jurídico colombiano como medios de

³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. Magistrada Ponente: María Victoria Sáchica de Moncaleano.

defensa de derechos e intereses colectivos: las denominadas acciones populares (art. 88, inciso primero , C.P.). Estos instrumentos buscan proteger esa categoría de derechos e intereses en cuanto se relacionan con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definan por el legislador”.

En esta misma sentencia enunció las características de las acciones populares, así:

- Son de carácter público: Implica que su ejercicio supone la protección de un derecho colectivo, es decir, que el interés se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo cual excluye las motivaciones puramente subjetivas o particulares. Cualquier persona perteneciente a la comunidad puede acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada.
- Tienen naturaleza preventiva: Esto es, que no es necesario que exista un perjuicio, sino basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca. Son acciones que fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público.
- Carecen de contenido subjetivo: Implica que, en principio no se puede perseguir resarcimiento pecuniario a favor de quien promueve el reclamo

judicial de un interés colectivo, salvo en los casos excepcionales consagrados por el legislador (reembolso de gastos o recompensa).

- Tienen carácter restitutorio: Busca el restablecimiento y goce de los derechos e intereses colectivos.

Podemos concluir entonces, que el derecho a la libre competencia económica es un derecho individual y un derecho colectivo. Como derecho individual está radicado en cabeza de todas las personas que quieran ejercer su libertad de actividad económica. Y como derecho colectivo está radicado en cabeza de toda la comunidad: de los consumidores de bienes y servicios³².

2.1.3 El derecho de igualdad de oportunidades. El inciso 1° del artículo 334 de la Constitución Política consagra a la distribución equitativa de oportunidades como objetivo de la intervención estatal en la economía y el artículo 75 de la Constitución Política consagra la igualdad de oportunidades como derecho de los competidores. Veamos:

El inciso 1° del artículo 334 de la Constitución Política dice:

"La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos

³² VÉLEZ CABRERA, Luis Guillermo. Ob cit.

naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano". (Subrayo).

La consecución de la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo es objetivo de la intervención estatal en la economía. Conforme a este mandato, el Estado deberá proteger a la pequeña y mediana empresa y garantizarle el derecho a la libre competencia económica.

Por otra parte, el artículo 75 de la Constitución Política, al referirse a la libertad de acceso al uso del espectro electromagnético consagra el derecho a la igualdad de oportunidades así:

"El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible, sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético". (Subrayo).

La Corte Constitucional³³ ha dicho que la garantía constitucional que consagra este artículo consiste en impedir que existan competidores que gocen de ventajas carentes de justificación, otorgadas o auspiciadas por las autoridades respectivas con criterio de exclusividad o preferencia, o que estos se tengan que enfrentar a obstáculos o restricciones irrazonables o desproporcionados en relación con los demás participantes. Sostuvo lo siguiente:

"Lo que pretende la Constitución es que en el punto de partida y a lo largo de la competencia, hasta su culminación, todos los competidores reciban igual trato, se les otorguen las mismas garantías e iguales derechos; se les permita el uso de los mismos instrumentos y medios de acción; se les cobije bajo las mismas normas y reglas de juego; se prevea para todos el mismo sistema de selección y calificación; se les evalúe y clasifique dentro de los mismos criterios, objetiva e imparcialmente, y se exija a todos un mismo nivel de responsabilidades. Obviamente, siempre sobre el supuesto de la equivalencia de situaciones y circunstancias (igualdad real y efectiva)".

Entonces, la igualdad de oportunidades para los competidores garantiza a éstos que se les trate de manera igual en el momento de entrar a un mercado y competir en él. No se trata de que haya igualdad de entre los competidores, sino que éstos sean tratados de igual manera. El concepto de igualdad de oportunidades fue explicado por la Corte Constitucional así:

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-182 del 6 de mayo de 1998. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández.

"El concepto genérico de igualdad encuentra uno de sus desarrollos específicos en la llamada igualdad de oportunidades, que, sin desconocer las reales e inmodificables condiciones de desequilibrio fáctico, social y económico en medio de las cuales se desenvuelve la sociedad, exige de la autoridad un comportamiento objetivo e imparcial en cuya virtud, en lo que respecta a las condiciones y requisitos que ella puede fijar, otorguen las mismas prerrogativas y posibilidades a todos aquellos que tienen una determinada aspiración (ingreso a una plaza de trabajo o estudio, ascenso dentro de una carrera, reconocimiento de una dignidad o estímulo, culminación de un proceso académico"³⁴.

El derecho consagrado en el artículo 75 de la Carta Política es una especie del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política y obedece a los mismos fundamentos y postulados constitucionales que informan a éste, de donde se infiere que, ante violaciones o amenazas a su ejercicio, cabe la acción de tutela para solicitarle a los jueces su inmediata y completa protección. Se trata de un derecho fundamental, a pesar de hallarse incorporado a un capítulo de la Carta Política distinto del que se destina a la enunciación de tales derechos³⁵.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

Estimo que la consagración constitucional del derecho de igualdad de oportunidades para competir refleja uno de los presupuestos básicos de una economía de mercado capitalista. En efecto, en los mercados capitalistas no se trata a todos los competidores como iguales, sino que se brindan las garantías para que todos los competidores tengan igualdad de oportunidades para acceder al mercado. Y, en principio, el competidor que ofrezca bienes y servicios de una mejor calidad a un menor precio que los demás, será quien triunfe en la contienda. Se protege así la eficiencia económica y por ende, a los consumidores, quienes recibirán bienes de mejor calidad a un menor precio.

2.2. PERSPECTIVA LEGAL.

Casi todos los sectores económicos tienen normas especiales sobre libre competencia. Por virtud de la Constitución de 1991 la libre competencia invadió todas las leyes que regulan las actividades económicas.

2.2.1 Régimen general de la libre competencia. La Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 conforman el régimen general de la libre competencia. Estas normas contienen los criterios y conceptos generales que sirven de guía en la interpretación de las demás normas sobre competencia³⁵.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-182 del 6 de mayo de 1998. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández.

³⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. Op. cit., p. 31.

El Decreto 2153 de 1992 otorga la facultad a la Superintendencia de Industria y Comercio de velar por la observancia y vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, sin perjuicio de las competencias señaladas a otras autoridades (artículos 2 y 4). Igualmente puede imponer las sanciones y medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante (artículos 2.2 y 44).

2.2.2 Sector de servicios públicos domiciliarios. Ley 142 de 1994, por la cual se establece el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, consagra un régimen especial de competencia para 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 y sus actividades complementarias (artículos 2, 3, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 26, 28, 30, 34, 35, 67, 73, 74, 79, 86, 88, 93, 98, 133, 162, 172, y 176).

Esta ley otorga competencia a las Comisiones de Regulación para propiciar la libre competencia. Las Comisiones de Regulación han expedido numerosas reglamentaciones sobre libre competencia para cada uno de los sectores que regulan (artículos 73 y 74).

La Ley 142 de 1994 otorga competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para investigar las conductas que atenten contra la libre competencia en este sector (artículo 79).

Por otra parte, la Ley 143 de 1994, por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad en el territorio nacional, contiene varias normas especiales sobre libre competencia aplicables al sector energético (artículos 3, 23, 42, 43, 56 y 81).

2.2.3 Sector financiero. La Ley 45 de 1990 contiene normas sobre prácticas restrictivas de la competencia en el sistema financiero y asegurador (artículo 73).

El Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero incluye normas sobre libre competencia (artículo 98) y atribuye a la Superintendencia Bancaria la función de aplicar e investigar la violación de dichas normas en el sector financiero.

2.2.4 Sector portuario. La Ley 1ª de 1991 o Estatuto de Puertos Marítimos contiene varias disposiciones sobre libre competencia en el sector portuario (artículos 1, 9, 10, 11, 12, 17, 20, 21, 22 y 30). Y otorga competencia a la Superintendencia General de Puertos para investigar las conductas que violen

este estatuto, dentro de las cuales se incluyen las normas sobre libre competencia (artículo 27.10).

2.2.5. Competencias para investigar las infracciones a las normas sobre libre competencia. Como se mencionó en el punto anterior, el derecho a la libre competencia es un derecho individual y cualquier persona que se vea afectado su derecho de competir libremente en un mercado puede acudir ante los órganos administrativos y solicitar la protección de su derecho.

A lo largo de los últimos años, con la expedición de las diferentes normas especiales que gobiernan los distintos sectores económicos se les confirió competencia a distintas entidades para conocer de las violaciones y adelantar investigaciones contra los presuntos responsables de las prácticas restrictivas de la competencia, tal como se mencionó en el punto anterior.

Y la Superintendencia de Industria y Comercio quedó con una competencia residual para conocer de las investigaciones sobre infracciones a las normas sobre libre competencia de todos los sectores económicos que no tuvieran una norma especial que confiriera dicha competencia a otra entidad (artículos 2 y 4 del Decreto 2153 de 1992).

No obstante, en los años de 1999 y 2000 fueron expedidos dos decretos, el Decreto 1122 de 1999 y el Decreto 266 de 2000, que en sus artículos 230 y 120,

respectivamente, trasladaron a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia para investigar infracciones al régimen de libre competencia y prácticas restrictivas para todos los sectores económicos a partir de la vigencia de los respectivos decretos³⁷, lo cual significó que la Superintendencia de Industria y Comercio se convirtió en la única autoridad competente para adelantar las investigaciones sobre prácticas que atentan contra la libre competencia.

Este fue un buen intento normativo de unificar las investigaciones por violaciones a las normas sobre libre competencia en una sola entidad, que es la que más conoce del tema: La Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, esta situación duró poco tiempo, pues estos dos decretos fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional³⁸, a los pocos meses de su entrada en vigencia.

Por lo tanto, actualmente las competencias para conocer de las investigaciones sobre prácticas comerciales restrictivas en los distintos sectores económicos son las señaladas en el punto anterior, para cada sector.

³⁷ El artículo 230 del Decreto 1122 exceptuó únicamente la competencia conferida a la Superintendencia Bancaria.

³⁸ El Decreto 1122 de 1999 fue declarado inexecutable en su totalidad por la sentencia C-923, de noviembre 18 de 1999. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis. Y el Decreto 266 de 2000 fue declarado inexecutable en su totalidad por la sentencia C-1316, de septiembre 26 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

2.3. DESARROLLO REGLAMENTARIO.

Las comisiones de regulación han expedido numerosas resoluciones que están relacionadas con la libre competencia en cada uno de los sectores que ellas regulan, así:

Comisión de Regulación de Telecomunicaciones: Puede verse la Resolución N° 087 de 1997.

Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible: Pueden consultarse las Resoluciones N° 001 de 1994, N° 003 de 1994, N° 005 de 1994, N° 054 de 1994 y N° 018 de 1995.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico: Han sido expedidas las Resoluciones N° 03 de 1995 y N° 06 de 1995.

Todas las resoluciones mencionadas son reglamentarias de la Ley 142 de 1994, Ley de los Servicios Públicos Domiciliarios.

10.CONDUCTAS QUE ATENTAN CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA: PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.

El artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 consagra la prohibición general a la realización de conductas que atenten contra la libre competencia, así:

“En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia de los mercados, los cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”.

A su vez el artículo 1519 del Código Civil consagra:

“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por objeto ilícito”.

De acuerdo con el régimen general de las obligaciones, para que un acto jurídico sea válido, éste debe recaer sobre un objeto lícito (artículo 1502 del Código Civil).

Y de acuerdo con el artículo 1740 es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos. Esto quiere decir que si el acto o contrato no recae sobre un

objeto lícito, este acto será nulo y será nulo de nulidad absoluta (artículo 1741 del Código Civil).

Por lo tanto, las conductas que afecten la libre competencia de los mercados están viciadas de nulidad absoluta.

Ahora veamos las diferentes prácticas restrictivas de la competencia:

10.1. INDEBIDA CONCENTRACIÓN EN CARGOS ADMINISTRATIVOS.

La finalidad de las normas que prohíben la concentración en cargos administrativos es evitar que el poder de decisión se concentre en pocas personas, esto es, evitar que pocas personas ocupen cargos directivos en varias empresas o entidades financieras, o se aprovechen de los conocimientos de mercado y los contactos de negocios aprehendidos de ellas, adquiriendo así una exagerada injerencia en la toma de decisiones de crédito e inversión, que podría manifestarse en una indebida concentración del crédito y del poder económico³⁹.

El artículo 6 de la Ley 155 de 1959 consagra las incompatibilidades de administradores de empresas industriales constituidas en forma de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, así:

³⁹ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho de la competencia en Colombia. Op. cit., p. 63.

“Los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores o miembros de juntas directivas de empresas industriales constituidas en forma de sociedades anónimas, no podrán distribuir por sí ni por interpuesta persona los productos, mercancías, artículos o servicios producidos por la respectiva empresa o sus filiales, ni ser socios de empresas comerciales que distribuyan o vendan principalmente tales productos, mercancías, artículos o servicios.

Esta incompatibilidad se extiende a los funcionarios de sociedades de responsabilidad limitada que tengan como socios otras sociedades, en forma tal que el número total de personas naturales exceda de veinte.

Parágrafo 1. La prohibición contenida en este artículo se extiende a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de aquellos funcionarios...”

El artículo 7 de la Ley 5ª de 1947 consagra las incompatibilidades de administradores de establecimientos bancarios, así:

“Los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos bancarios no podrán pertenecer a juntas directivas de otros institutos de crédito, ni a las bolsas de valores, con excepción de la Junta del Banco de la República. La violación de la anterior disposición da lugar a la imposición de una multa de MIL PESOS (\$1.000) a CINCO MIL PESOS (\$5.000), impuesta por la Superintendencia Bancaria...”

Y el artículo 5 de la Ley 155 de 1959 extiende la incompatibilidad del artículo 7 de la Ley 5ª de 1947 a los administradores de ciertas empresas cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, así:

“Extiéndase la incompatibilidad establecida en el artículo 7 de la Ley 5ª de 1947 para los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos de crédito y bolsas de valores a los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores y miembros de juntas directivas de empresas cuyo objeto sea la producción, abastecimiento, distribución o consumo de los mismos bienes o la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas, individual o conjuntamente consideradas, tengan activos por valor de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000) o más.”

10.2. INTEGRACIONES EMPRESARIALES.

Las normas sobre fusión y adquisición de sociedades pretenden controlar la concentración del poder económico de las empresas. No tienen como objeto prohibir las fusiones ni las integraciones empresariales, sino que imponen la obligación a ciertas empresas de informarle al Gobierno (léase Superintendencias) sobre el propósito de fusión o integración en ciertos casos, para que éste evalúe la conveniencia y viabilidad de la misma. Se entiende que la fusión o integración se autoriza cuando contribuya a mejorar la eficiencia del mercado⁴⁰.

Los artículos 158, 168 y 172 a 179 del Código de Comercio y los artículos 5 inc.2 y 11 a 14 de la ley 222 de 1995 son los que reglamentan las fusiones societarias.

Y es el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, el que impone la obligación a ciertas empresas de informar al Gobierno Nacional de las operaciones de fusión, consolidación o integración, así:

“Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de

pesos (\$20.000.000), o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de las operaciones que proyecten llevar a cabo para efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración..."

Debemos mencionar que los decretos 1122 de 1999 y 266 de 2000, ambos declarados inexecutable por la Corte Constitucional, castigaban la posición dominante en el mercado, al obligar a la Superintendencia a objetar la fusión, consolidación, integración y adquisición cuando fueran medio para obtener posición dominante en el mercado. Se estableció así una prohibición a la conformación de monopolios o posiciones dominantes en el mercado a través del mecanismo de integración empresarial. Este punto lo trataré en la sección I de la parte especial de este trabajo.

Actualmente, por virtud del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 el Superintendente no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte ahorro en los costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de oferta en el mercado.

⁴⁰ Este aspecto nos muestra la aplicación de uno de los objetivos del derecho a la competencia en Colombia que es mejorar la eficiencia del aparato productivo (artículo 2 del Decreto 2153 de 1992).

3.3. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

Las normas que castigan los acuerdos contrarios a la libre competencia buscan impedir que las empresas se asocien y celebren acuerdos que restrinjan, impidan o falseen la competencia.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define acuerdo como *“todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos empresas.”*

Estos acuerdos pueden ser acuerdos verticales o acuerdos horizontales. Veamos:

Los acuerdos verticales son los que se celebran entre dos o más empresas que operan en diferentes niveles del proceso productivo. Esto es, un acuerdo entre el productor y el distribuidor, o entre el distribuidor y el mayorista. Los acuerdos horizontales son los que se celebran entre dos o más empresas que operan en el mismo nivel del proceso productivo, es decir, un acuerdo entre competidores o "cartel".

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, establece la prohibición así:

“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 los precios inequitativos”

El artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 enumera los siguientes acuerdos como contrarios a la libre competencia, así:

“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*

5. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*
6. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*
7. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
8. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.*
9. *Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”.*
10. *(Adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000) Los que tengan por objeto o como efecto, impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de distribución.*

3.4. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

Las normas que sancionan los actos contrarios a la libre competencia buscan evitar que las empresas ejerzan comportamientos independientes (o unilaterales), que tengan el efecto de restringir la competencia en el mercado.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define acto como *“todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.”*

Y el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 consagra:

“Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

- 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.*
- 2. Influnciar a una persona para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.*

3. *Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ella pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.*

Esta norma, al enumerar estas conductas las considera ilícitas *per se*, o en sí mismas, sin importar la intencionalidad de las empresas de limitar o restringir la competencia en el mercado. Sólo por el hecho de incurrir en la conducta se hacen acreedoras de la sanción correspondiente.

3.5. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

El artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define posición dominante como *“la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”*

El artículo 8 de la Ley 155 de 1959 establece:

“Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes”.

Esta norma sólo se refería a empresas comerciales, ahora, con la expedición de las nuevas leyes el espectro de la prohibición se amplió a toda empresa, sea civil o comercial.

El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 consagra las siguientes presunciones de abuso de la posición dominante:

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

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

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

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

4. *La venta a un comprador en condiciones diferentes a 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 aquél en que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.*

6. (Adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000) *Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*

Este tema lo desarrollaremos a fondo en la sección I de la parte especial del presente trabajo.

3.6. CONDUCTAS EXENTAS: RÉGIMEN DE EXCEPCIONES.

Las anteriores conductas están prohibidas por la ley por limitar indebidamente la libre competencia en los mercados. No obstante, la ley consagra ciertas excepciones para las conductas mencionadas, caso en el cual ellas, a pesar de restringir la competencia, son permitidas por la ley. Tenemos dos casos: El

consagrado en el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y otro en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, veamos:

La Ley 155 de 1959 consagra en el párrafo de su artículo 1 la siguiente excepción respecto a la celebración de acuerdos anticompetitivos:

*"El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de convenios o acuerdos que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general"*⁴¹.

Comparto la opinión de los doctores Jose Orlando Montealegre y Delio Gómez Leyva⁴², quienes consideran que el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se encuentra viciado de inconstitucionalidad sobreviniente⁴³, por cuanto la Constitución Política de 1991 no permite ni autoriza el establecimiento legal de excepciones para la libertad de competencia a todo un sector productivo, a través

⁴¹ Por su parte el artículo 1 del Decreto 1302 de 1964, que reglamenta el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, define como sectores básicos de la producción *"todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general.."* e incluye entre ellos la producción y distribución bienes destinados a satisfacer las necesidades de alimentación, vestido, sanidad, vivienda, combustibles, prestación de servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, comunicaciones y seguros.

⁴² GÓMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 216 y ss.

⁴³ La inconstitucionalidad sobreviniente ocurre en relación con aquellas normas jurídicas existentes antes de la entrada en vigencia de la Constitución, que pugnan con su filosofía y espíritu. *"La norma constitucional es retroactiva en el sentido de corregir las normas jurídicas originadas jurídicas originadas antes de su expedición, que en la actualidad contradicen manifiestamente los*

de acuerdos; por el contrario, ésta consagra el derecho a la libre competencia económica para todos los sectores económicos, sin ninguna excepción.

El artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 por su parte, consagra una excepción frente a las conductas contrarias a la libre competencia, así:

Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 de este Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. *Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.*
2. *Los acuerdos sobre cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.*
3. *Los que se refieran a procedimientos, métodos sistemas y formas de utilización de facultades comunes.*

Vemos en este caso que se trata de situaciones en las cuales, a pesar de existir de fondo una situación que genera restricción a la competencia, la ley la autoriza por la finalidad u objeto de la práctica. No se trata de un régimen de excepción para todo un sector económico. Por el contrario, estas excepciones pueden entenderse dirigidas a maximizar la eficiencia del aparato productivo nacional (artículo 2 del Decreto 2153 de 1992).

4. REGLAS DE ANÁLISIS DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.

Como lo afirma el profesor Miranda⁴⁴, en el derecho colombiano existen dos sistemas fundamentales de análisis de las conductas restrictivas de la competencia. Estos sistemas han sido tomados del derecho "antitrust" norteamericano, y son: el sistema de la *regla de la razón* y el sistema de la ilegalidad *per se* o regla *per se*.

4.1. LA REGLA DE LA RAZÓN

Dice el doctor Miranda⁴⁵, que este sistema se utiliza para analizar "*todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo debe ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó la práctica restrictiva*". Y son tres aspectos esenciales de la práctica los que deben analizarse: la naturaleza de la práctica, el propósito de la misma y el efecto de la restricción a la libre competencia.

⁴⁴ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. Op. cit., p. 35.

⁴⁵ Ibid.

La naturaleza de la práctica indica si ésta tiende a limitar o restringir la libre competencia en el mercado. Existen prácticas que por naturaleza están dirigidas o destinadas a limitar la competencia, ese es su efecto inherente. Puede darse como ejemplo la fijación de precios. Por otra parte, el propósito o intención del actor es importante, por cuanto las leyes antimonopolios están dirigidas a castigar la intención de los infractores, sin necesidad de que se produzcan los efectos. Y esta es una de las características del régimen general de la competencia en Colombia, pues la conducta se castiga *ex ante*, esto es, antes de que se produzcan los efectos de la práctica restrictiva de la competencia.

En efecto, Bork dice que la regla de la razón estudia el comportamiento empresarial que se juzga bajo los parámetros de la intención de la empresa o del efecto que su comportamiento pudiera tener sobre la competencia, considerando el contexto del mercado⁴⁶.

Bajo la regla de la razón el demandado puede defenderse demostrando que no está realizando la conducta que se le imputa, o bien, que los efectos de la conducta que se le imputa no son anticompetitivos, o que ésta beneficia a los consumidores, porque obedece a la mayor eficiencia de la empresa en la producción, etc.

⁴⁶ BORK, Robert. The antitrust paradox. A policy at war with itself. New York: The Free Press, 1993, p. 18.

En Colombia se aplica la regla de la razón a todas aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en las legislación como acuerdos y actos anticompetitivos o formas de abuso de las posición dominante en el mercado. Todas estas conductas se enmarcan en las prohibiciones generales consagradas en los artículos 1 de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992, ya estudiados.

4.2. LA REGLA PER SE

El profesor Miranda⁴⁷ dice que la regla *per se* es el sistema que se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan evidentemente anticompetitivos, por lo que no se necesita realizar un elaborado estudio de las características y situación de la industria respectiva en particular, para concluir que son ilegales.

La regla *per se* equivale a una presunción de derecho de que una determinada conducta es ilegal. La regla *per se* se aplica únicamente frente a causales de ilegalidad expresamente consagradas en la ley⁴⁸.

Esta regla es un instrumento de economía procesal que nace en la justicia norteamericana para evitar la repetición de las mismas explicaciones y

⁴⁷ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El régimen general de la libre competencia. Op. cit., p. 39.

argumentos recibidos en casos semejantes. Fue entonces cuando la Corte estableció que, una vez se den ciertos eventos, presume que se está ante una práctica restrictiva *per se*, sin necesidad de entrar a considerar los propósitos, naturaleza y efectos de la práctica.

Bork critica la aplicación de la regla *per se* y cita al Juez Thurgood Mashall, quien en el caso de United States vs. Container Corp. of América (1969) dijo que la regla *per se* siempre tiene un grado de arbitrariedad. Dice que esta regla se justifica asumiendo que las ventajas en su aplicación pesan más que las inconveniencias. De la aplicación de la regla se desprenden muchas ventajas administrativas: se ahorran los altos costos administrativos de determinar si la conducta particular puede ser dañina y se protege a la competencia de un daño potencial. En efecto, se debe valorar el daño potencial de la práctica a la competencia, más los costos administrativos de determinar si la situación particular puede ser dañina (con el estudio del caso bajo la regla de la razón), y se debe comparar con los beneficios que generará la aplicación de la regla (este ahorro en costos administrativos y prevención del daño potencial). Si los beneficios potenciales totales o agregados son mayores, no vale la pena estudiar los casos individuales⁴⁹.

Bajo este entendido, si se determina que la regla *per se* es aplicable al caso que se estudia, la única defensa posible consiste en demostrar que el acusado no

⁴⁸ No se pueden aplicar por analogía a otras conductas, por tratarse de normas restrictivas o prohibitivas.

⁴⁹ BORK, Robert. Op. cit, p. 18.

incurrió en la práctica o conducta que se le imputa. La autoridad que investiga no escuchará argumentos tendientes a demostrar que la conducta no tiene efectos de restringir la competencia, que beneficia a los consumidores, etc.

En Colombia la regla *per se* se aplica a todos los casos de acuerdos y actos o abuso de posición dominante consagrados en la legislación (por ejemplo el artículo 47 N°1). En estos casos, la autoridad de la competencia sólo deberá demostrar la existencia de la conducta y no debe entrar a probar si tal conducta es anticompetitiva o no lo es, pues el carácter anticompetitivo o de ilegalidad de la misma lo presume la ley.

5. PROCEDIMIENTOS DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS.

En el punto 2.2. vimos que existen múltiples competencias, en cabeza de diferentes autoridades administrativas, para la investigación de las prácticas restrictivas de la competencia en cada sector económico.

En este punto me refiero únicamente al procedimiento de las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, como la autoridad que tiene competencia residual para vigilar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia en todos los sectores económicos donde no exista norma especial.

La Superintendencia de Industria y Comercio es un organismo de carácter administrativo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal (artículo 1 del Decreto 2153 de 1992).

La Superintendencia de Industria y Comercio cumple una función de policía administrativa, cuyo objetivo general es la protección del orden público económico.

Las investigaciones que adelanta esta superintendencia, en materia de prácticas restrictivas, son de carácter administrativo⁵⁰.

Los funcionarios encargados adelantar estas investigaciones sobre violaciones a las normas de competencia son: (i) El Superintendente de Industria y Comercio, que decide y resuelve sobre la investigación adelantada e impone las sanciones a que haya lugar; (ii) El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia y la División de Promoción de la Competencia, que instruyen las investigaciones. El Delegado decide sobre el inicio de la averiguación preliminar y, finalizada ésta, sobre su archivo o la iniciación de la investigación; y (iii) El Consejo Asesor para Promoción de la Competencia, que como órgano consultivo debe ser convocado en los eventos en que se sancione y se adopten medidas cautelares⁵¹.

Toda persona natural o jurídica a quien le sea obstruida o restringida su libertad económica, o sea víctima, o conozca cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional, puede denunciar ante la Superintendencia de Industria y Comercio los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia en el mercado, con el fin de que ésta inicie el trámite necesario para determinar si se están

⁵⁰ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En : _____. Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999, p. 126. (Colección Seminarios N° 10).

⁵¹ ALARCÓN CARRILLO Margarita. Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de promoción a la competencia. En : Derecho de la competencia. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 1998, p. 333. (Bibliotheca Millennio. Colección Derecho Económico y de los Negocios).

infringiendo estas normas. La denuncia debe cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 5 del Código Contencioso Administrativo para el derecho de petición en interés general esto es, la indicación de la conducta violatoria de la competencia, las razones de hecho y de derecho en que apoya su solicitud y las pruebas que la respalden⁵².

Como la actividad de esta Superintendencia se realiza en interés general, no existe requisito de legitimación activa en la causa: cualquier persona puede denunciar la violación de las normas sobre libre competencia y aún de oficio la Superintendencia puede abrir la investigación⁵³.

Esta actuación administrativa se inicia con una averiguación preliminar (artículo 52 del Decreto 2153 de 1992). El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia ordenará la apertura de la investigación preliminar cuando, a su juicio, la importancia del caso así lo amerite. El resultado de la averiguación preliminar será ordenar la apertura de la investigación, o bien el archivo del asunto, porque no existe la conducta reprimible o ésta no es significativa. En ambos casos el acto administrativo que profiera la decisión debe estar debidamente motivado y notificado al investigado, y en caso de haber precedido solicitud deberá notificarse igualmente al interesado⁵⁴.

⁵² Ibid., p. 337

⁵³ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Op. cit., p. 126.

⁵⁴ GÓMEZ LEYVA, Delio. Op. cit, p. 242.

En caso de que se ordene abrir una investigación, se debe notificar personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere pertinentes (art. 52 inciso 2 del Decreto 2153 de 1992).

Conforme al artículo 57 del Código Contencioso Administrativo son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, esto es, el interrogatorio de parte (artículos 202 a 210 del C. de P. C.), la prueba testimonial (artículos 213 a 232 del C. de P. C.), la prueba pericial (artículos 233 a 243 del C. de P. C.), la inspección judicial (artículos 244 a 247 del C. de P. C.), la prueba indiciaria (artículos 248 a 250 del C. de P. C.), la prueba documental (artículos 251 a 293 del C. de P. C.) y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juzgador.

La investigación es de carácter reservado (artículo 13 de la Ley 155 de 1959).

Si en la investigación se determina que existió una violación a las normas sobre competencia, la Superintendencia impondrá sanciones al infractor. Estas sanciones consisten en la prohibición de realizar las conductas anticompetitivas y en la imposición de multas a la empresa y a sus representantes legales, en favor del tesoro nacional. Es importante mencionar que la Superintendencia no declara la existencia de perjuicios ni condena al infractor al resarcimiento de los mismos

en favor del perjudicado⁵⁵, por lo que le tocará a éste acudir ante la justicia ordinaria para solicitar la protección de su derecho.

Igualmente, la Superintendencia podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio, el presunto infractor brinde las garantías suficientes de que suspenderá o modificara la conducta por la cual se le investiga (art. 52 inciso 4 del Decreto 2153 de 1992).

Este es un bosquejo general del derecho a la competencia en Colombia y de las principales prácticas que restringen la libre competencia. Ahora paso a ocuparme del tema central de estudio en la parte especial, esto es: El concepto y prueba de posición de dominio en el mercado y el concepto e identificación de los precios predatorios.

⁵⁵ MIRANDA LONDOÑO Alfonso. El control jurisdiccional del régimen general de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Op. cit., p. 127.

PARTE ESPECIAL

Sección I

La posición dominante en un mercado y su abuso

En este capítulo se analiza el concepto de posición dominante bajo la óptica de las diferentes legislaciones mundiales.

En primer lugar se explica brevemente de lo que es un mercado y las distintas clases de mercados. Luego, se aborda el estudio de la posición dominante en Colombia, donde se expone el tratamiento que le da la legislación a esta figura y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el tema. Se hacen algunas críticas y se plantea la discusión acerca de si en Colombia se prohíbe la posición dominante en el mercado, o el abuso de una posición dominante en el mercado.

Luego, tras concluir que no existe una unanimidad conceptual de la posición dominante en Colombia, se explica de manera resumida el tratamiento de esta figura en los sistemas jurídicos de otros países: en los Estados Unidos de Norteamérica, en la Comunidad Económica Europea y finalmente en América Latina, donde se estudian las legislaciones de Argentina, Perú, y Venezuela.

Seguidamente se estudia de la prueba de la posición dominante, de conformidad con las reglas adoptadas por el Tribunal de Justicia Europeo, las cortes norteamericanas y las entidades encargadas de velar por las normas sobre libre competencia en algunos países latinoamericanos, incluido, claro está, Colombia. Y por último, se expone la noción y prueba del abuso de la posición dominante.

6. QUÉ ES EL MERCADO

6.1. DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE MERCADO.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define mercado como *el sitio público destinado permanentemente o en días señalados, para vender, comprar o permutar géneros o mercaderías*⁵⁶.

También se define mercado como el lugar de actividad comercial en donde los bienes, productos, valores y servicios, etc., se compran y se venden⁵⁷.

Por su parte, el economista Homero Cuevas⁵⁸ dice que el mercado es el conjunto de todas las condiciones y de relaciones entre estas condiciones, que hacen posible el intercambio de productos.

Según este autor, existen varias condiciones que posibilitan la existencia del mercado. En primer lugar, el mercado debe ubicarse en un lugar geográfico. El lugar geográfico es una de las condiciones necesarias para la existencia del

⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit., p. 868.

⁵⁷ BLACK, Henry Campbell, Black's law dictionary 6 ed. St. Paul: The publisher's editorial staff, 1998, p. 970.

mercado. En segundo lugar, se requieren otras condiciones materiales para la existencia del mercado y que son: (i) un sistema de transporte, esto es, sistemas de carreteras, puertos, vías aéreas, fluviales y férreas, etc.. y los equipos que permiten el uso de estos sistemas y; (ii) un sistema de comunicaciones e información, esto es, teléfono, telégrafo, télex, radio, televisión, prensa e internet, entre otros.

Igualmente, se requieren determinadas relaciones sociales de producción y distribución. El mercado es un proceso de intercambio de productos en el cual los compradores y vendedores se ponen en contacto para intercambiar productos y servicios: Un acuerdo entre ellos determina los precios. Un mercado puede existir en cualquier lugar geográfico (la esquina de una calle, una plaza, una ciudad, un país, etc.).

6.2. TIPOS O ESTRUCTURAS DE MERCADO

En este punto nos referimos a la descripción de los diferentes mercados de acuerdo con el comportamiento de los compradores y vendedores en el mismo.

6.2.1. Mercados competitivos. Los mercados competitivos están compuestos de compradores y vendedores tan numerosos que ninguno de ellos, en particular,

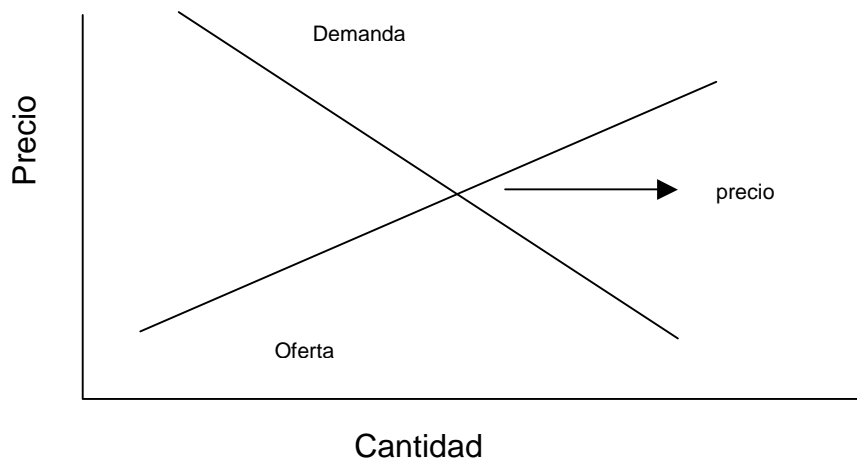
⁵⁸ CUEVAS, Homero. Introducción a la economía. 5 ed. aumentada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993. p. 15.

puede influir en el precio del mercado mediante su decisión de comprar o no comprar, o bien, de vender o no vender.

Para las empresas un mercado será competitivo si cada una de ellas supone que el precio de mercado es independiente de su propio nivel de producción. De esta manera, la empresa puede vender la cantidad que desee sin que se afecte el precio de mercado. Es decir, en un mercado competitivo cualquiera que sea la cantidad que una empresa venda, el precio de mercado será independiente de sus ventas⁵⁹.

En una economía de mercado, el precio se forma en el punto en el cual se cruzan las curvas de la oferta y la demanda, así:

Figura 1. Formación del precio



Tomado de: SPENCER, Milton H. Op. cit., p. 39

⁵⁹ VARIAN, Hal R. Microeconomía moderna. Un enfoque intermedio. 3 ed. Barcelona: Antoni Bosh, 1994. p. 376

Un cambio en la demanda o en la oferta agregadas van a afectar el punto de equilibrio, esto es, van a afectar el precio.

Como en un mercado competitivo los precios son determinados por el libre juego de la oferta y la demanda, un cambio en el precio se produce por cambios en las cantidades ofrecidas o demandadas; por cambios en la demanda, como pueden ser la variación de los ingresos monetarios de los compradores y de los precios de bienes relacionados o; por cambios en la oferta, como pueden ser la variación del valor de los costos de producción y de los precios de otros bienes relacionados.

6.2.2. Mercados de competencia imperfecta. Un mercado de competencia imperfecta es aquél en el cual un agente económico puede influir en el precio del mercado con la decisión de comprar o no comprar, o de vender o no vender. Es decir, el precio del mercado ya no se fijará por el libre juego de la oferta y la demanda, sino que un sólo actor o grupo de actores va a tener la capacidad de imponerlo.

Ejemplos de mercados de competencia imperfecta son los mercados monopolísticos, los monopsónicos, los oligopólicos y los oligopsónicos.

6.2.2.1. El monopolio. El monopolio puede definirse como la estructura de mercado en la cual existe una única empresa que fabrica un producto u ofrece un

servicio para el que no existen sustitutos próximos⁵⁷. En esta estructura de mercado esta empresa llamada "monopolista" domina la totalidad de las ventas de ese producto o servicio.

Existen múltiples factores creadores de los monopolios y que además justifican económicamente la existencia de los mismos. En efecto, existen monopolios legales y monopolios naturales, que son siempre legítimos. Veamos:

Los monopolios legales son aquellos conferidos a una industria o una empresa por medio de una ley del Estado. Esta ley faculta a una empresa para operar de forma exclusiva un mercado concreto. Los monopolios legales están regulados en Colombia por el artículo 336 de la Constitución Política y se refieren al ejercicio económico de las actividades de suerte y azar y licores.

Por su parte, los monopolios naturales son aquellos en los cuales las características de la oferta y la demanda determinan que la solución más eficiente (en términos de reducción de costos) sea la existencia de una única empresa que fabrique un determinado producto. Esto se explica debido a que la empresa goza de economías de escala (costos de producción promedio decrecientes) que le permiten abastecer a todo un mercado con un costo unitario más bajo que si lo hacen dos o más empresas. Un ejemplo de esta clase de monopolios son algunas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como las empresas eléctricas y de gas. El desarrollo tecnológico es uno de los factores que favorecen

la formación de monopolios, pues las mejoras tecnológicas le permiten al monopolista una reducción sustancial en los costos de producción y una captura mayor de las preferencias de los consumidores.

Debido a que el monopolista es el único vendedor y fabricante de un producto, esta situación le da el poder de imponer los precios, pues no existe competencia para regular el precio de mercado, como sucedería en un mercado de competencia perfecta. Generalmente el precio impuesto por el monopolista será mayor al precio que existiría en un mercado competitivo, y estará determinado por la maximización de beneficios del monopolista.

La característica del mercado monopolístico es el gran poder que tiene el monopolista sobre el precio y las víctimas de los monopolios son los compradores, quienes deben pagar por un producto o servicio un precio más alto al que pagarían en un mercado competitivo.

6.2.2.2. El monopsonio. El monopsonio es la estructura de mercado en la cual existe un único comprador de un bien o servicio.

Puede decirse que el monopsonio es la estructura de mercado contraria o contrapuesta al monopolio: en un mercado monopolístico existe un solo vendedor, en un mercado monopsónico existe un solo comprador. Al igual que el monopolista, el monopsonista tiene poder de imposición del precio del producto

que compra en el mercado. Pero a diferencia del monopolio, el precio impuesto por el monopsonista es inferior al precio que existiría en un mercado competitivo.

Las víctimas de los monopsonios son los vendedores, quienes recibirán por la venta de sus productos un precio más bajo al que recibirían en mercados de competencia perfecta. Los mercados monopsonicos se ven especialmente en mercados agrícolas.

6.2.2.3. El oligopolio. El oligopolio es la estructura de mercado en la cual existen pocas empresas que venden: (i) productos homogéneos o indiferenciados, en cuyo caso se hablará de un oligopolio "perfecto" o "puro"; o (ii) productos heterogéneos o diferenciados, que será llamado también oligopolio imperfecto.

Ejemplos de oligopolio "perfecto" o "puro" son las industrias de aviación, de cemento, de acero, de cobre y de zinc. Y ejemplos oligopolio imperfecto son las industrias de automóviles, de cigarrillos, de jabones, de detergentes, de gasolina, y laboratorios farmacéuticos⁵⁸.

Los mercados oligopólicos se caracterizan por presentar una industria con pocos productores, donde el precio de cada empresa depende no sólo de su propio nivel de producción, sino también de las acciones de sus competidores en la industria. Una de las características esenciales de este tipo de mercado es la

⁵⁸ SPENCER, Milton H., Op. cit., p. D-45.

interdependencia, pues cada firma necesita considerar cómo sus propias acciones van a afectar las decisiones de sus competidores relativos. Es así que cada decisión sobre producción va a depender de la reacción de sus competidores⁵⁹. Generalmente en los mercados oligopólicos existen altas barreras de entrada al mercado, una similitud en las características de los productos ofrecidos y economías de escala.

Se observa, en general, que los oligopolistas tratan de evitar la competencia de precios y se concentran en la diferenciación de sus productos. El problema de los oligopolios en los mercados son las posibles formaciones de carteles, las colusiones, los "acuerdos de precios" y las reparticiones de mercados, que terminan incidiendo en el precio de los productos como lo hace un monopolista.

6.2.2.4. El oligopsonio. El oligopsonio es la estructura de mercado en la cual existen pocos compradores de una mercancía determinada. Es la estructura de mercado contrapuesta a los oligopolios y los efectos sobre el mercado son similares a los producidos en un mercado oligopólico, esto es la posibilidad de formación de carteles, acuerdos de precios, colusiones, etc.

⁵⁹ BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Economics. 3rd ed. London: Mc Graw Hill International (UK), 1991. p. 162.

7. QUÉ ES POSICIÓN DOMINANTE Y QUIÉN TIENE POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO

7.1. CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE

La definición legal de posición dominante está consagrada en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, así:

“Posición dominante es la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

Por lo tanto, una empresa tiene posición dominante en un mercado cuando puede influir en las condiciones de intercambio de bienes y servicios. El mercado se determina por los precios, y por las condiciones de compra y venta de los productos y servicios, que serán su cantidad, su calidad, sus garantías, etc.

De acuerdo con lo visto en el punto anterior, la posición de dominio no puede existir en un mercado competitivo, pues en estos mercados ningún agente tiene la posibilidad de influir en los precios del mercado con la sola decisión de comprar o no comprar, o de vender o no vender. Por lo tanto, la posición de dominio se

tendrá siempre en mercados de competencia imperfecta, tales como los monopólicos, los monopsónicos, los oligopólicos y los oligopsónicos.

La empresa que tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado puede limitar la competencia con su simple actuar. Tal y como lo afirma el doctor Montoya, posición dominante es la posición de sustraerse de la competencia. La posición dominante permite a una empresa o grupo de empresas apartarse de los inconvenientes de una competencia exterior sustancial y dictar sobre sus competidores las reglas del mercado e imponer a sus proveedores (por ejemplo mayoristas) o a sus clientes, las condiciones de negociación, en la medida en que éstos no disponen de otras alternativas⁶⁰, pues no hay competencia efectiva.

El profesor Alfredo Bullard, describe la posición dominante así:

"La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes oferentes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (oferentes y demandantes) son "tomadores" de precios y de condiciones: esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones

⁶⁰ MONTOYA MATEUS, Fernando. Derecho comercial y libre competencia. En : Estudios de Derecho comercial: homenaje a Fernando Hinestroza. Tomo III. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1993.

atomizadas. Sin, embargo, cuando el número de oferentes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta de aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia⁶¹"

Por ejemplo, el monopolio y el monopsonio carecen de competencia. Respecto a ellos la posición de dominio será absoluta, no habrá competencia. En cambio, en los casos de oligopolio u oligopsonio, esto es cuando hay presencia de pocos o escasos competidores, pueden ocurrir tres cosas: (i) Que exista entre ellos una fuerte competencia para buscar las preferencias de los consumidores (como podría ser el caso de las empresas de telecomunicaciones que prestan el servicio de larga distancia nacional e internacional), (ii) Que eviten competir, mediante la formación de carteles, pactos de acuerdos de precios, acuerdos horizontales de repartición de mercados, colusiones, etc. (como es el caso de las cementeras); y (iii) Que alguno de ellos haya logrado un control sobre gran parte del mercado y una posición de poder frente al mismo, que le permite eliminar a la competencia.

Para que esta última situación pueda darse, es necesario que la empresa actúe en un mercado que no sea "contestable" o "disputable"⁶², esto es, un mercado en el

⁶¹ BULLARD, Alfredo. ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. En: Seminario aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. (24 al 25 de marzo de 1998: Cartagena). p. 4.

⁶² BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op. cit, p. 167.

cual no haya libre entrada ni salida al mercado⁶³. Sólo en este caso la empresa tendrá la capacidad de sustraerse de la competencia (posición de dominio) y por lo tanto, podrá abusar de su posición de dominio. Podrá limitar e incluso eliminar la competencia sacando a sus competidores del mercado mediante el uso de su poder de mercado, que radica en la capacidad de determinar las condiciones de intercambio de los bienes y servicios.

El Tribunal de Justicia Europeo ha definido la posición de dominio así:

"Una posición de poder económico de la que goza una empresa, facultándola para evitar que se mantenga una auténtica competencia en un determinado mercado, permitiéndola - a la empresa - actuar en buena medida independientemente de sus competidores, clientes y, finalmente, de los consumidores" (Asunto 27/76 United Brands vs. Commission).

Es característica fundamental de la posición dominante la "posesión de poder sustancial"⁶⁴ por parte de una empresa, que le permite entorpecer la existencia de una competencia efectiva, en la medida en que este poder le da la posibilidad de actuar con independencia de los competidores, de los clientes y de los consumidores.

⁶³ Hay libre entrada al mercado cuando todas las empresas, incluyendo a los competidores potenciales, tienen acceso a la misma tecnología y tienen las mismas curvas de costos. Hay libre salida cuando no hay costos hundidos o irrecuperables y la empresa, al salir del mercado, puede recuperar todas sus inversiones y gastos.

A continuación estudiaremos el tratamiento de la posición dominante bajo la legislación y jurisprudencia colombiana.

7.2. EL TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La legislación nacional tiene numerosas disposiciones relacionadas con la posición de dominio. En algunas se les permite a las empresas detentar una posición de dominio y se prohíbe el abuso de esta posición de dominio; en otras se prohíbe adquirir una posición de dominio en el mercado; y hay ciertas normas que consagran e imponen obligaciones especiales a las empresas que detenten una posición de dominio en el mercado. En general, vamos a exponer, de manera breve, la gran diversidad de tratamientos que tiene la *posición dominante* en la legislación colombiana.

7.2.1. La posición dominante en las diferentes normas.

7.2.1.1 La Ley 155 de 1959. La Ley 155 de 1959 dice en su artículo 2:

Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar

⁶⁴ GÓMEZ LEYVA, Delio. Op. cit., p. 150.

precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente Ley.

Se desprende de este artículo que la posición dominante la tiene la empresa que tenga la capacidad de determinar los precios en el mercado en función de su participación en el mercado. Este es un criterio cuantitativo de la posición de dominio: se tiene posición dominante en función de la cuota de mercado que controle la empresa.

De acuerdo con lo afirmado por el profesor Miranda⁶⁵, este artículo debe entenderse derogado por el artículo 45 N° 5 del Decreto 2153 de 1992, pues el artículo 2 de la Ley 155 de 1992 define la posición dominante de una empresa fundamentalmente por su participación en el mercado y por virtud del Decreto 2153 de 1992, la posición de dominio se identifica en función de otras variables adicionales, como pueden ser las barreras de entrada al mercado, los recursos financieros y tecnológicos, contar con un avanzado sistema de distribución, etc.

Por su parte, el artículo 4 de la misma ley, establece la obligación para ciertas empresas de informar al Gobierno Nacional de las operaciones de integración empresarial. Y establece igualmente, que el Gobierno Nacional deberá objetar dicha operación, si tiende a producir una indebida restricción a la competencia.

⁶⁵ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. En: Revista Universitas N°85 (nov. 1993.); p. 175.

Finalmente, el artículo 8 de la Ley 155 de 1959 prohíbe a las empresas emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución.

7.2.1.2. El Decreto 2153 de 1992. La definición de posición dominante está consagrada en el artículo 45 N° 5 del Decreto 2153 de 1992, que ya estudiamos. El artículo 50 del mismo Decreto consagra cinco presunciones de abuso de la posición dominante.

Por su parte, el artículo 51 de este Decreto dice que el Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar las operaciones de integración empresarial cuando se demuestre que puede haber mejoras significativas en eficiencia y se garantice que la operación no ocasionará una reducción en la oferta en el mercado.

7.2.1.3. La Ley 142 de 1994. Ley de servicios públicos domiciliarios. El artículo 14.13. de la Ley 142 de 1994 define posición dominante así:

Posición dominante: Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto de 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.”

De acuerdo con la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, la posición dominante la tiene: (i) Toda empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios y (ii) La empresa de servicios públicos que sirva al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado, respecto a sus competidores.

Examinemos estas dos situaciones que consagra la ley:

La empresa de servicios públicos tiene posición dominante respecto a sus usuarios. Es la que el Dr. Miranda denomina posición dominante "de carácter subjetivo"⁶⁶. Bajo esta definición, las empresas de servicios públicos siempre tienen posición de dominio respecto de sus usuarios. Parece que la ley consagrara una posición dominante *per se* de las empresas de servicios públicos frente a los usuarios, es decir, una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario.

Considero que esta norma no resulta exacta. En efecto, es posible que se presente la situación totalmente contraria: Que exista un usuario que tenga posición dominante con respecto a la empresa de servicios públicos. Pongamos un ejemplo: tenemos dos empresas, una gran fábrica de cervezas y la empresa distribuidora de energía eléctrica, que es una empresa local. La empresa fabricante de cervezas, por ser el principal usuario de la empresa distribuidora de

⁶⁶ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho a la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios. En : _____. Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999, p. 93. (Colección Seminarios N° 10).

energía y de la que ésta última deriva mayores ingresos, puede tener la capacidad de determinar las condiciones de la prestación del servicio de distribución de energía. En otras palabras, puede imponer las cláusulas del contrato en su beneficio y la empresa de servicios públicos tendrá que acceder a sus exigencias, a cambio de no perder a su usuario más importante.

En este ejemplo el usuario tendría posición dominante con respecto a la empresa que presta el servicio de energía eléctrica.

Vemos que esta norma confunde la posición de dominio contractual con la posición dominante en el mercado, lo cual considero un error, por cuanto la posición de dominio contractual no necesariamente afecta el funcionamiento del mercado.

La empresa de servicios públicos tiene posición dominante en el mercado de sus servicios cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado. Es la llamada posición dominante "de carácter objetivo"⁶⁷, o respecto de los competidores y demás agentes del mercado. Esta definición limita la posición de dominio a un criterio cuantitativo o de participación en el mercado, como lo hace el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Actualmente esto resulta inexacto, pues como lo veremos adelante, las distintas legislaciones y decisiones judiciales en el mundo consideran a la participación en el mercado como uno de los factores que inciden

⁶⁷ Ibid., p. 93.

en la posición de dominio, sin que éste factor sea exclusivo. Por ejemplo, la norma citada no tiene en cuenta el grado de concentración del mercado respectivo, que como luego veremos es un criterio esencial para determinar el poder real de la empresa en el mercado (índice HHI), ni otras condiciones cualitativas muy importantes, tales como las barreras de entrada al mercado, los recursos financieros y tecnológicos de la empresa, etc.

Por otra parte, el artículo 35 de la ley impone la obligación especial a las empresas de servicios públicos cuya principal actividad sea la distribución de bienes o servicios provistos por terceros y que detenten una posición de dominio en el mercado, de adquirir el bien o servicio que distribuyan por medio de procedimientos que aseguren la posibilidad de concurrencia a los eventuales contratistas, en igualdad de condiciones.

Aquí se establece un control al monopsonio: Se debe garantizar que la gran empresa escoja a los vendedores dentro de un margen que asegure la posibilidad de concurrencia.

El artículo 88 da libertad a las empresas que no tienen posición dominante en el mercado para fijar sus tarifas, según el análisis que hace la comisión de regulación respectiva, de lo cual se concluye que las empresas con posición dominante en el mercado tienen esa limitación. No pueden fijar sus tarifas libremente, se trata entonces de un mercado regulado.

Finalmente, el artículo 133 consagra numerosas presunciones de abuso de la posición dominante referidas a las relaciones entre las empresas de servicios públicos y los usuarios o suscriptores de los mismos. Son ciertas cláusulas contractuales frente a las cuales la ley crea una presunción de abuso de la posición dominante. Se trata de presunciones de hecho (iuris tantum) que la empresa puede desvirtuar si demuestra que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa, o si demuestra el permiso otorgado por la comisión de regulación respectiva para la inclusión de esa cláusula en el contrato.

El profesor Miranda⁶⁸ estima que el tratamiento que hace la Ley 142 de 1994 al tema de la posición dominante y su abuso está viciado de importantes contradicciones con el régimen general del derecho de la competencia contenido en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, lo cual genera grandes dificultades en la interpretación y aplicación de estos conceptos.

7.2.1.4. El Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al regular en su numeral 4° la debida prestación del servicio y la protección al consumidor, en su último inciso, establece que las instituciones financieras, en las operaciones propias de su objeto:

⁶⁸ Ibid., p. 82.

“... deberán abstenerse de convenir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a abuso de posición dominante...”.

Como se observa, la ley no define el concepto de posición dominante, ni se enumeran en ella situaciones que pueden generarla, como sí sucede en el Decreto 2153 de 1992 y en la propia Ley 142 de 1994. Lo que la ley hace es imponerle a las instituciones financieras una responsabilidad especial en el sentido de obligarlas a convenir cláusulas que no rompan el equilibrio contractual o den lugar a abuso de la posición de dominio.

Esto significa que el artículo 98 restringe y delimita la posición de dominio a un marco contractual. En este entendido podría decirse que la ley sólo contempla la posibilidad de abuso de posición dominante como una forma de abuso de la posición contractual. No se considera la posibilidad de abuso de dicha posición frente a competidores, como sucede en las demás normas.

Este breve recuento normativo, nos permite concluir que no existe una unidad conceptual de la posición dominante en las normas aplicables a los distintos sectores económicos estudiados.

7.2.2. Jurisprudencia. Tampoco hay pronunciamientos jurisprudenciales uniformes que definan y limiten el concepto de posición dominante. En efecto, las distintas Cortes han dictado sentencias con contenidos muy difusos y algunos contradictorios. Esto lo veremos a continuación.

7.2.2.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional. La Corte Constitucional ha proferido numerosas sentencias relacionadas con la posición dominante en el mercado al fallar acciones de tutela. En la mayoría de los fallos su desarrollo y motivación están basados en la legislación y doctrinas europeas, lo cual considero inexcusable, toda vez que en Colombia existe legislación general y expresa que regula el tema (la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992). La motivación de los fallos judiciales debe tener fundamento en la ley colombiana (artículo 4 y 230 de la Constitución Política y artículo 9 del Código Civil) y no en la ley y doctrina extranjera, que no es aplicable en Colombia. Veamos ahora dos de los mencionados pronunciamientos:

En la sentencia T -240 de 1993 - Caso de Jairo Enrique Vela Jaramillo y la sociedad Vela Jaramillo y Asociados Publicidad Ltda. vs. La Asociación de Diarios Colombianos - Andiaros⁶⁹, la Corte define la posición dominante de una empresa así:

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -240 de junio 23 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

"la posibilidad de ejercer un comportamiento independiente respecto de los precios, condiciones de venta, volúmenes de producción y sistemas de distribución de bienes o servicios, dado el control que ella puede ejercer sobre parte significativa del mercado en razón de la magnitud de sus recursos financieros, tecnológicos o de manejo estratégico de las materias primas y demás factores económicos".

La Corte, en esta sentencia aclara que no se censura la posición de dominio, sino el abuso de la misma y cita el artículo 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea para precisar las prácticas que se consideran abusivas de la posición dominante.

En la sentencia T-375 de 1997 - caso de Marcelino Rodríguez vs. Terpel Sur S.A.⁷⁰ define la posición dominante de la siguiente manera:

La posición de dominio se refiere a 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. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia en las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado.

⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -375 de agosto 14 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Dice la Corte en esta sentencia que las normas sobre competencia se dirigen a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den posiciones dominantes. Sin embargo, cuando estas se presentan o cuando la ley las tolera - lo que puede obedecer a razones de eficiencia -, no se puede permitir que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas con posición dominante en el mercado hagan uso abusivo de su poder o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333).

Afirma la Corte Constitucional que la Constitución Política, con base en su artículo 333, no castiga el tener posición dominante en el mercado, sino castiga al que teniendo esta posición, abuse de su poder en el mercado.

Igualmente sostiene la Corte que la posición de dominio no se establece en virtud de la cuota de mercado de la empresa, sino a partir del conjunto de situaciones que integran el mercado. Esta apreciación, si bien no está basada en la definición legal de posición dominante dada por el artículo 45 N° 5 del Decreto 2153 de 1992, es acorde con esta definición. En efecto, en esta sentencia la Corte dice:

... aunque el tamaño de la empresa y su alto porcentaje de control sobre un porcentaje importante del mercado, normalmente se asocian a una posición dominante, no pueden ser ellos los únicos elementos para efectuar dicha calificación. En un mercado pueden incidir muchos otros criterios y

coyunturas que, en un momento dado, no son ajenos a la entronización de un poder material de control. Desde el punto de vista geográfico, no es necesario que la posición dominante se extienda a todo el mercado nacional. De lo contrario, empresas dominantes en una determinada zona geográfica, sólo por la menor escala territorial de su poder, quedarían habilitadas para cometer abusos en el mercado, lo que carece de toda justificación. La determinación del mercado, para los efectos de calificar la existencia de una posición dominante, no sólo se precisa a través de coordenadas geográficas, sino también con base en el producto o bien materia de transacción. A este respecto, será decisivo esclarecer en la realidad si el bien puede resultar, en términos de precios calidades y demás características intercambiable por otros o no intercambiable por ellos. En este último caso, se tratará de un mercado separado; en el primero, de un mismo mercado.

Aquí la Corte menciona algunos de los elementos de la posición de dominio como lo son el mercado relevante geográfico y el mercado relevante del producto, que adelante estudiaremos.

Dice el alto tribunal que por la ausencia de un desarrollo legal específico se ve obligada a ilustrar los casos más notorios y universalmente reconocidos de abuso de la posición dominante, acudiendo a la cláusula 86 del Tratado de Roma. Al igual que en la sentencia T-240 de 1993, La Corte omite el estudio de las normas nacionales sobre el tema.

7.2.2.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado. En la sentencia de febrero 20 de 1997- que resuelve la acción de nulidad contra el Auto de fecha 2 de junio de 1995 emanado de la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio del cual dispone no abrir investigación administrativa relacionada con la celebración del Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción Nacional de Aceite de Palma Africana⁷¹ -, el Consejo de Estado desestima la petición del demandante argumentando que éste se equivocó al decir que el Convenio de Absorción otorgaba posición dominante a los industriales firmantes del mismo convenio. Dice que las grandes firmas no lo suscribieron y la más grande de las que sí lo hicieron ocupa un lugar cien (100) que, en principio, no le permite dominar a las demás.

Se observa aquí que el Consejo de Estado acoge un criterio cuantitativo respecto a la posición de dominio, lo cual va en contradicción con lo establecido en el artículo 45 N° 5 del Decreto 2153 de 1992. El criterio cuantitativo o de participación de mercado es solo uno de los tantos criterios que permiten identificar a una empresa o grupo de empresas con posición dominante en un mercado, pero no es el único. Se han debido analizar, por lo tanto, otros de los factores indicativos de la posición de dominio, tales como las barreras de entrada al mercado, que en este caso hubieran sido relevantes para la identificación de la posición dominante de las empresas investigadas.

⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de febrero 20 de 1997. Expediente N° 3488. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

7.2.2.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia profirió un fallo en el cual desarrolla el concepto de posición dominante de las instituciones financieras. Esta es la sentencia de fecha octubre 19 de 1994, caso de Arinco vs. Corpavi.⁷²

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia, al interpretar el numeral 4° del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dedujo de su contenido que para el legislador nacional la posición dominante de las entidades de crédito *“...es un dato de hecho acerca de cuya realidad no hay controversia judicial posible y, así mismo, que en cuanto esta posición es determinante para quien goza de situaciones particulares activas o de poder, en su desarrollo práctico dentro del contorno que marcan las relaciones contractuales por dichas entidades establecidas con sus clientes, hay lugar a abuso en perjuicio de éstos últimos.”*

El doctor Criales⁷³ dice que a partir de esta sentencia, parece que la Corte interpretara el artículo 4 del Decreto 663 de 1993 como la consagración implícita del legislador de la posición dominante como característica indiscutible de las instituciones financieras.

⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 19 de 1994, expediente 3972. Magistrado Ponente: Carlos Jaramillo Schloss.

⁷³ CRIALES, Luis Fernando. Abuso de posición dominante en el sector financiero. En : Revista de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Boletín Jurídico Financiero N° 930 (20 de oct. 1997); p. 6.

Esta apreciación de la Corte parece errada. Lo lógico, y lo que se desprende razonablemente de esta disposición es que el legislador consagró una prohibición para las entidades financieras de convenir cláusulas exorbitantes que afecten el equilibrio de los contratos o den lugar a abuso de posición dominante. Como lo afirma el Dr. Ciales, en ninguna parte se dice o es válido inferir voluntad implícita del legislador orientada a consagrar la posición dominante como característica indiscutible de tales instituciones. En efecto, dice este autor que la existencia de la posición dominante no puede ser decretada por el legislador para una o varias empresas o abarcando todo un sector económico de un país. Pues la posición de dominio, como lo han sostenido de manera reiterada la jurisprudencia y doctrina europeas no se ejerce en abstracto, sino en un mercado concreto⁷⁴, como lo veremos adelante.

La existencia de una empresa con posición dominante en un mercado sólo puede determinarse a través del análisis de una realidad social, delimitada en el tiempo y en el espacio, lo cual supone un examen detallado de las características estructurales del mercado de un producto o servicio determinado y las conductas ejecutadas, también en un periodo concreto, no sólo por la empresa de la cual se sospecha el ejercicio abusivo del poder dominante, sino también por sus competidores. Esto es, y como lo analizaremos en el próximo capítulo, determinar la empresa, el mercado relevante del producto o servicio y el mercado relevante

⁷⁴ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit., p. 508.

geográfico, y luego analizar el poder de mercado de la empresa y el comportamiento de los agentes económicos en el mercado.

Como lo sostiene el doctor Criales:

Si la ley positiva es un mandato impersonal, general y abstracto, un juicio hipotético con pretensión de universalidad, mal puede esperarse que sea a través de esta vía, mediante la cual se aspire normatizar, con ese mismo carácter de impersonalidad y permanencia, un hecho vital que sólo el juez o la autoridad administrativa podrá definir concretamente.

Esto quiere decir que, para determinar la existencia de una posición dominante en el mercado por parte de una institución financiera debe hacerse el análisis conforme a las reglas que se expondrán en el siguiente punto de esta sección.

7.2.3. En Concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio. La Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad encargada de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales (artículo 2 N°1 del Decreto 2153 de 1992), en relación con la posición de dominio en el mercado, ha dicho lo siguiente:

Un agente económico se encontrará en esa situación en un mercado, cuando pueda modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración a los competidores, a los clientes, y lo pueda hacer de manera perdurable⁷⁵.

Se incluye en esta descripción el concepto temporal de la posición de dominio, concepto éste que no consagran las normas estudiadas. Para la Superintendencia de Industria y Comercio es importante, por lo tanto, que la empresa con posición de dominio esté en capacidad de influir en las condiciones de mercado durante un largo tiempo.

Dice la Superintendencia de Industria y Comercio que las prácticas de abuso de la posición dominante tienen el propósito de i) prevenir la entrada y/o inducir la salida de competidores y ii) modificar la conducta de competidores actuales y/o potenciales.

7.2.4. Críticas y conclusiones frente a la falta de unidad conceptual de posición dominante en la legislación y la jurisprudencia nacionales

- La posición de dominio en el mercado debe observarse bajo un criterio cualitativo, no meramente cuantitativo. Así se desprende del artículo 45 N° 5

⁷⁵ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Oficio N° 94839809 del 6 de septiembre

del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, el criterio cualitativo no se refleja en la Ley 155 de 1959, ni en la Ley 142 de 1994. Un análisis cualitativo de la posición de dominio ofrecerá un reflejo más claro de la realidad económica; los porcentajes de participación en el mercado no pueden ser la única herramienta para examinar si una empresa determinada tiene posición dominante en un mercado. Otros factores deben ser tenidos en cuenta, por ejemplo la concentración misma del mercado que se analiza, para medir si el porcentaje de participación de la empresa indica un poder real de ésta sobre el mercado.

En efecto, es diferente poseer una cuota de 40% de participación en un mercado no concentrado, donde la empresa que sigue en orden de tamaño posee una cuota de mercado de 11%, a poseer una cuota de 40% de participación en un mercado altamente concentrado, con 2 o tres empresas competidoras, cada una con cuotas de 30% de participación, respectivamente.

Otros de los factores que hay que tener en cuenta para investigar el poder de mercado de una empresa son: las barreras de entrada al mercado, la posesión de una red de distribuidores o de ventas, ventajas tecnológicas y financieras, derechos de propiedad industrial o intelectual, que exista una marca del producto de gran reputación, la dependencia de los consumidores frente a los productos, etc. Esto lo estudiaremos en el siguiente punto.

- La posición de dominio se tiene en un mercado determinado que está compuesto tanto por competidores como por consumidores. Se puede por lo tanto tener posición dominante respecto de todos ellos. Es erróneo limitar la aplicación del concepto únicamente frente a los consumidores, como se desprende del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

7.3. ¿EN COLOMBIA SE CASTIGA LA POSICIÓN DOMINANTE O EL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE?

Como se anotó en el capítulo anterior, las legislaciones de los diferentes países buscan incentivar la competencia para favorecer al consumidor. Los enfoques de las normas sobre libre competencia han oscilado a través del tiempo como un péndulo entre la prohibición a detentar una posición de dominio o bien, permitiendo la posición de dominio por parte de las empresas, y castigando el abuso que las empresas hagan de su poder de mercado. Este tema será objeto de estudio en esta sección, en relación con la legislación colombiana.

La historia de las normas sobre la libre competencia económica en Colombia nos muestra que, en un principio, estaban dirigidas a castigar el abuso de la posición dominante en los mercados, planteamiento que se reforzó con la consagración constitucional de esta figura (artículo 333 de la Constitución Política de 1991). Sin embargo, a medida que han pasado los años, las diversas legislaciones han cambiado este enfoque y en varias normas se puede observar cómo la tendencia

del ejecutivo (por medio de decretos de facultades extraordinarias) se dirige a reprimir la posición de dominio en el mercado. Dividimos este punto en dos partes: Primero se analiza la consagración constitucional de esta figura y las normas que prohíben el abuso de la posición dominante en el mercado. Luego se hace referencia a las normas que castigan la posición de dominio en el mercado.

7.3.1. Consagración constitucional. En la Constitución Política de 1991 existe consagración expresa de la posición dominante. En efecto, inciso 4° del artículo 333 consagra lo siguiente:

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.

7.3.1.1. Antecedentes del artículo 333 de la Constitución Política. La historia del artículo 333 en la Asamblea Nacional Constituyente⁷⁶, puede resumirse así:

En el primer informe de ponencia sobre el régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado, presentado por los constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez,

⁷⁶ Gaceta Constitucional N° 80, mayo 23 de 1991. Apuntes tomados de MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Op. cit. y CRIALES, Luis Fernando. Abuso de posición dominante en el sector financiero. Ob. cit.

Angelino Garzón, Julio Cuevas y Guillermo Guerrero (Gaceta Constitucional N° 46 del día 15 de abril de 1991 Pág. 7 y ss.) se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

“Artículo 1. Libertad Económica y Competencia: “El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad”.

Esta posición inicial prácticamente obligaba al Estado a acabar con los monopolios en caso de que se consideraran perjudiciales para la comunidad. Y la expresión "que perjudique a la comunidad" -que puede resultar bastante subjetiva- si no era deslindada y claramente delimitada hubiera permitido multiplicidad de interpretaciones que hubieran desembocado, muy seguramente, en una persecución a los monopolios, si la norma se hubiere aprobado tal como se presentó.

Sin embargo, en la exposición de motivos de esta parte de la norma la intención de los constituyentes estaba dirigida a reproducir los lineamientos jurídicos europeos y no reprimir la concentración per se, sino cuando estuviera encaminada a restringir la competencia. Se dijo lo siguiente:

Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se, sino

cuando asuma la forma concreta de prácticas de la posición dominante enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad.

Posteriormente, en el Informe de Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado “Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado”, presentado por los mismos Constituyentes y publicado en la Gaceta Constitucional N° 80 del 23 de mayo de 1991 (págs. 18 y ss.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo:

“Artículo 1 Libertad Económica y Competencia: “El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado.”

El párrafo fue el aprobado y así quedó consagrado en el artículo 333 de Constitución Política vigente.

Se pueden sacar las siguientes conclusiones de los antecedentes de este artículo, en la Asamblea Nacional Constituyente:

- La figura de "posición dominante" fue tomada de la legislación de la Comunidad Económica Europea (artículo 86 del Tratado de Roma). En los informes de ponencia se estima que el enfoque de la Comunidad Económica Europea es propicio para los mercados en procesos de internacionalización -

como lo sería el colombiano a partir de la promulgación de la nueva Constitución-, en los cuales la promoción de la competencia debe propender por el fortalecimiento de las empresas participantes, autorizando mayores concentraciones económicas. Se definió como objeto de la legislación antimonopolio, no el evitar la concentración o el gran tamaño empresarial, sino los abusos que se cometan contra la libre competencia en desarrollo de los negocios.

- La Asamblea Nacional Constituyente dio un mandato específico al legislador y al Estado para expedir una legislación moderna que castigara las prácticas de abuso de posición dominante en los mercados. En efecto, hubo manifestación inequívoca de no prohibir las posiciones de dominio, sino solo su abuso. Acerca de este punto en las intervenciones de la Asamblea se dijo:

"El concepto contemporáneo es considerar que la concentración no es mala por sí misma, es más, que en un mundo de procesos de internacionalización se dan procesos de concentración más agudos debidos a la especialización internacional del trabajo, pero lo que es importante es que esa concentración económica no abuso de la posición dominante..."

Y en la ponencia del artículo 333, se lee⁷⁷:

⁷⁷ Gaceta Constitucional N° 46, 15 de abril de 1991, p. 8.

“La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grandes que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque avantes en el mercado internacional, no prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional, sino apenas su abuso”.

De todo lo anterior se concluye, que conforme al artículo 333 de la Constitución Política y a sus antecedentes, en Colombia se permite la posición dominante en el mercado y se prohíbe el abuso de dicha posición de dominio, se prohíben aquellos abusos que tiendan a restringir la competencia en los mercados.

7.3.2. Consagración legal.

7.3.2.1. Normas que castigan el abuso de la posición dominante en el mercado. Como lo vimos, la figura de posición dominante ha sido regulada por varias normas legales.

Conforme a la definición legal de posición dominante que da el artículo 45 N° 5 del Decreto 2153 de 1992, a su artículo 50, que consagra diferentes conductas que se tienen como presunciones de abuso de la posición dominante y a su artículo 52, que autoriza las operaciones de integración empresarial cuando se demuestre que

pueden mejorar la eficiencia, resulta claro que la prohibición se predica del abuso de la posición dominante pero no de la posición dominante en sí misma. Estas normas están de acuerdo con la preceptiva constitucional.

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 impone a ciertas empresas la obligación de informar al Gobierno Nacional de las operaciones de fusión, consolidación o integración, el cual podrá objetar la operación cuando tienda a restringir de manera indebida la competencia. De acuerdo con esto no se prohíben las posiciones dominantes, sino se busca garantizar la existencia de la libre competencia en el mercado.

7.3.2.2. Normas que castigan la posición dominante en el mercado. En los dos últimos años se han expedido dos decretos, el Decreto 1122 de 1999 y el Decreto 266 de 2000, que en sus artículos 239 y 118, respectivamente, modificaron el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

En efecto, el artículo 239 del Decreto 1122 de 1999, consagraba lo siguiente:

“Modifíquese el artículo 4 de la ley 155 de 1959, el cual quedará así:

La Superintendencia de Industria y Comercio deberá pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas que conjuntamente atiendan el 20% o más del mercado respectivo o cuyos

activos superen una suma equivalente a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas. Además de las causales previstas en las normas vigentes, las operaciones deberán objetarse cuando sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado". (Subrayo).

La integridad de este Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-923, de noviembre 18 de 1999⁷⁸. La Corte declaró la inexecutable de este decreto debido a que su fuente directa, el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, que otorgaba facultades extraordinarias al presidente para "suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública", fue declarado inexecutable previamente por la sentencia C-702 de 1999. Debido a que la norma fuente del Decreto 1122 de 1999 fue declarada inexecutable, se declaró la inconstitucionalidad consecuencial de este decreto.

Posteriormente, en febrero 22 de 2000, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5° del artículo 1 de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto 266 de 2000 que en su artículo 118 reprodujo la modificación intentada al artículo 4 de la Ley 155 de 1959 por el artículo 239 del Decreto 1122 de 1999. Se cambiaron únicamente los siguientes aspectos:

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-923, de noviembre 18 de 1999. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

El pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas se daría:

- Respecto a empresas que conjuntamente atendieran el 25% o más del mercado respectivo, o
- Respecto a empresas cuyos activos superaran una suma equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en los casos exigidos por las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

El resto del artículo quedó igual: A la Superintendencia se le impuso la obligación de objetar dichas operaciones de integración empresarial cuando fueran el medio para obtener posición de dominio en el mercado.

No obstante esta nueva reforma, el pasado 26 de septiembre de 2000, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-1316⁷⁹ declaró inexecutable tanto el artículo 1º, numeral 5º de la Ley 573 de 2000, como la totalidad del Decreto 266 de 2000. Por lo tanto, la norma del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 quedó como antes: se le impone a ciertas empresas la obligación de informar al Gobierno Nacional de las operaciones de fusión, consolidación o integración y el Gobierno (léase Superintendencia de Industria y Comercio) tiene la obligación de objetar la

⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1316, de septiembre 26 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

operación cuando tienda a producir una indebida restricción a la competencia. Es decir, no se prohíbe la formación de la posición dominante en el mercado.

A pesar de que ambos artículos, el 239 del Decreto 1122 de 1999 y el 118 del Decreto 266 de 2000 fueron declarados inexequibles, vale la pena estudiarlos, por cuanto de estas normas se desprendía la intención de castigar la formación de los monopolios, de las posiciones dominantes en los mercados, y no simplemente controlar los abusos de poder. Las mencionadas normas obligaban a la Superintendencia de Industria y Comercio a objetar las operaciones de fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas cuando estas fueran un medio para obtener una posición dominante en el mercado. Es decir, cualquier proceso de integración empresarial que implicara obtener una posición de dominio en un mercado, por mandato de estas normas, debía ser objetado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Antes de haber sido declaradas inexequibles por las razones anotadas, consideraba que ambas normas eran inconstitucionales por violar el texto y espíritu del artículo 333 de la Constitución Política, que por ser norma de rango superior, prevalece frente a un decreto de facultades extraordinarias, como lo eran los decretos 1122 de 1999 y 266 de 2000 (artículo 4 de la Constitución Política).

Como lo vimos anteriormente, es claro que el artículo 333 de la Constitución Política prohíbe únicamente el abuso de la posición dominante y en las

exposiciones de motivos que inspiraron dicho artículo se observa la voluntad del Constituyente de permitir la existencia de posiciones de dominio en el mercado y controlar y castigar el abuso de esa posición.

Igualmente, estas disposiciones contradecían el régimen general del derecho de la competencia: La intención del redactor de la norma era prohibir las posiciones de dominio a través del mecanismo de integración empresarial. Y este objetivo va en contra de la eficiencia del aparato productivo nacional, que como vimos es un bien jurídico protegido por el derecho de la competencia (artículo 2 del Decreto 2153 de 1992). En efecto, la relación Q del profesor Tobin demuestra que, en general, sale más barato comprar una empresa existente, que crearla, pues *cuando el costo de mercado de las empresas es inferior a su costo de reposición resulta más atractivo comprarlas que crearlas*⁸⁰.

Planteo esta discusión, porque según parece, el Ministerio de Desarrollo va a impulsar una ley en la cual se reproduzca el artículo 118 del Decreto 266 de 2000, norma que igualmente estaría viciada de inconstitucionalidad.

Otro ejemplo de castigo al monopolio *per se* o en sí mismo, se observa en el sector de energía eléctrica⁸¹. En efecto, la Resolución N° 128 del 17 de

⁸⁰ RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo. La orientación de la legislación colombiana sobre financiamiento de las tomas de control de empresas. *En* : _____. Sociedad anónima y reforma financiera. Bogotá: COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, 1984. p. 74.

⁸¹ GÓMEZ LEYVA, Delio. Op. cit, p. 227 y ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op. cit., p. 195 y ss.

noviembre de 1997 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (en adelante CREG), estableció que a partir del 1° de enero de 2002 ninguna empresa podrá tener en ese sector más del 25% de la capacidad instalada efectiva de generación de electricidad en el sistema interconectado nacional; ni el mismo porcentaje en las actividades de distribución o comercialización (artículos 3, 4, y 5). Igualmente, prohíbe a una empresa generadora tener más del 25% del capital social de una empresa distribuidora y viceversa (artículo 7).

Se observa que con esta norma se pretende evitar que exista una posición dominante en el mercado de ciertos servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, pues como se mencionó, la Ley 142 de 1994 dispone que tiene posición dominante respecto de sus competidores la empresa que sirva al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

La Resolución N° 128 del 17 de noviembre de 1997 fue demandada ante los órganos judiciales, a través de una acción de nulidad. Conoció de esta demanda la Sección Primera del Consejo de Estado, que en sentencia del 12 de febrero de 1998, con ponencia del Consejero Rafael Ariza Muñoz consideró lo siguiente:

"La previsión consistente en exigir un límite a la participación en las actividades de generación, comercialización y distribución constituye un mecanismo para evitar la concentración de la propiedad accionaria, facultad ésta que consagra el artículo 73, numeral 73.25 de la referida Ley 142 de 1994 (...) Si bien es cierto que el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992

*señala cinco conductas como constitutivas de abuso de la posición dominante, dentro de las cuales no se encuentra el monopolio, no lo es menos que en la medida en que exista mayor concentración de la propiedad accionaria ello puede contribuir a que en un momento dado se puedan adoptar conductas que se traduzcan en un abuso de esa posición. Al respecto cabe señalar que la resolución acusada lo que pretende es prevenir situaciones que puedan llegar a constituir abuso de la posición dominante*⁸².

El Consejo de Estado en esta sentencia castiga a la posición dominante en sí misma. Y adopta el criterio de prevenir y reprimir la adquisición de posiciones de dominio. En efecto, dice que en la medida en que exista una mayor concentración de la propiedad accionaria esto puede contribuir a que en un momento dado se puedan adoptar conductas que se traduzcan en un abuso del poder. Este criterio es contrario al artículo 333 de la Constitución Política y sus antecedentes y al mismo Decreto 2153 de 1992, que contiene la regulación general del derecho de la competencia y prácticas restrictivas de la competencia.

En Colombia nos encontramos en una de las etapas de evolución por las que ya pasaron las legislaciones y las cortes tanto de los Estados Unidos de Norteamérica, como de la Comunidad Económica Europea. Aún no se ha establecido un criterio homogéneo de qué es lo que se prohíbe: si tener una posición dominante en el mercado, o abusar de ésta posición de dominio.

⁸² CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia febrero 12 de 1998. Expediente N° 4443. Consejero Ponente: Rafael Ariza Muñoz.

Personalmente considero que las normas que tiendan a reprimir la formación o existencia de una posición dominante en el mercado son contrarias al artículo 333 de la Constitución Política, pues conforme a éste, la ley debe estar dirigida a evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Está tanto en el texto como en el espíritu de la norma castigar el abuso de la posición dominante, no a la posición dominante en sí misma. Y la Constitución, como norma de normas, debe prevalecer frente a cualquier otra disposición (artículo 4 de la Constitución Política).

7.4. TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO NORTEAMERICANO.

Como lo vimos en el Capítulo Primero, Parte General, el sistema legal "antitrust" norteamericano ha sufrido una evolución histórica a lo largo de la cual se ha modificado la concepción del objetivo de estas normas. En principio, puede decirse que el sistema legal norteamericano está dirigido a impedir la formación de posiciones dominantes y concentraciones de poder en el mercado cuando afectan la libre competencia.

Las normas federales de antitrust law son: La Sherman Act de 1890, La Clayton Act de 1914, La Federal Trade Commission Act de 1914 y la Robinson - Patman Act de 1936.

Actualmente y siguiendo los postulados de la Escuela de Chicago que acogen la teoría de Milton Friedman, el derecho "antitrust" se enfoca bajo un criterio estrictamente económico en el entendido de que las normas antitrust están encaminadas a proteger en primera medida al consumidor, por lo que se protege la eficiencia en el entendido en que *"entre más eficiente sea el mercado, mayor bienestar obtendrá el consumidor"*, en palabras del Juez Robert Bork.

Bajo la escuela del "Economic Analysis of Law", se estima que el monopolio sólo debe ser calificado ilegal cuando se demuestre que no promueve la eficiencia y restringe la producción con el objeto de elevar los precios, en detrimento de los consumidores y que su conformación no tiene una justificación económica racional⁸³.

En los Estados Unidos de Norteamérica no existe un concepto legal sobre posición dominante, pero hay una definición de Charles Müller⁸⁴ de la firma dominante, así:

Es una situación de mercado en la que todos los oferentes, excepto uno, tienen una cuota de mercado individual insignificante en la ventas totales y se comportan como competidores perfectos, mientras que existe una gran

⁸³ Aspen Skiing Co. Vs. Aspen Highlands Skiing Corp. (1985)

⁸⁴ MÜLLER Charles. Glossary of antitrust terms. En : Antitrust & Economic Review, N°4, V. 26, 1997. Disponible en internet: www.home.mpinet.net/cmuller/ii03.html

firma, consciente de su habilidad para influir en el precio del mercado, que al variar su cantidad de producto ofrecido puede seleccionar su precio de y un nivel de producción, de acuerdo a esta posición. En principio, esta gran firma selecciona un precio, deja a sus competidores vender todo lo que ellos puedan a este precio, y luego coge el resto del mercado para sí mismo. El precio seleccionado automáticamente determina cuánto están en capacidad de vender los pequeños competidores y cuánto sobra para ella. (Debido a la inhabilidad de las firmas competitivas pequeñas de influir en el precio, ellas solo pueden expandir su volumen de producción hasta el punto donde su costo por unidad se cruza con este precio de venta). La reducción del precio puede obligar a los pequeños competidores a restringir su producción, y el aumento del precio les permite expandirse. La cuota de participación de esta firma en el mercado generalmente descansa sobre alguna ventaja de precios (de cualquier clase), en relación con las numerosas firmas pequeñas que existen.

Esta es la definición de una firma con poder de mercado (power market), término que se origina en economía. Su significado económico original se refiere al poder de una firma cuyas propias decisiones acerca de producción tienen algún efecto en el precio del mercado, ya sea grande o pequeño.

En los Estados Unidos de Norteamérica las leyes antimonopolio usan el término poder de mercado por para referirse a un menor grado de poder que el monopolio, pero lo suficientemente importante como para ser una preocupación. Conrath

Craig entiende como sinónimos los términos poder de mercado y poder sustancial sobre el precio⁸⁵, y dice que los términos poder de mercado y posición dominante son usados indistintamente.

7.5. TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO COMUNITARIO.

El artículo 86 del Tratado de Roma consagra lo siguiente:

"Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a. Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*

- b. Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*

⁸⁵ CRAIG W., Conrath. Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición. Bogotá : Superintendencia de Industria y Comercio, 1998, p. 148.

- c. *Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*

- d. *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos"*

Se observa que el artículo no define posición de dominio, ni la prohíbe, sólo castiga el abuso de la misma. Sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo ha desarrollado el concepto a partir de este texto y ha definido la posición dominante de la siguiente manera:

"Una posición de poder económico de la que goza una empresa, facultándola para evitar que se mantenga una auténtica competencia en un determinado mercado, permitiéndola - a la empresa - actuar en buena medida independientemente de sus competidores, clientes y, finalmente, de los consumidores" (Asunto 27/76 United Brands. vs. Commission).

Igualmente, en el asunto Michelin la definió así:

"...una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el

mercado relevante posibilitándose comportarse en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores". (Asunto 322/81 Michelin vs. Comisión).

Bajo el artículo 86 del Tratado de Roma se castigan los abusos de posición dominante, no la posición dominante de las empresas.

El Tribunal de Justicia Europeo ha dicho que, no obstante no se castiguen a las posiciones dominantes, las empresas con posición dominante en el mercado tienen una responsabilidad especial de no permitir que su conducta perjudique la competencia genuina no distorsionada⁸⁶.

7.6. TRATAMIENTO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

7.6.1. Perú. En la República de Perú las normas sobre libre competencia están contenidas en el Decreto Legislativo N° 701 de 1991. En dicho decreto se prohíbe el abuso a la posición dominante en el mercado.

El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701 define posición dominante, así:

⁸⁶ Asunto 322/81 Michelin vs. Commission.

“... una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”.

Se puede observar que esta definición está acorde con la doctrina europea sobre posición de dominio.

Bajo la ley peruana no se considera como infracción la posición dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Se aceptan, por lo tanto, los monopolios y en general, la concentración del poder económico como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. Se prohíbe el abuso de esta posición, pues mientras la posición de dominio de una empresa sea utilizada para generar eficiencia y con ello mayor bienestar a los consumidores, dicho uso no debe ser cuestionado⁸⁷. La norma no castiga la existencia de los monopolios por factores tales como el detentar mayor tecnología o tener un acceso especial a recursos. Lo que sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían dar a la empresa.

⁸⁷ BULLARD, Alfredo. Op. cit., p. 23

7.6.2. Venezuela. El artículo 14 de la Ley para Promover el Ejercicio de la Libre Competencia dice que existe posición de dominio:

1º Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2º Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva.

Procompetencia define la posición de dominio como aquella situación en la que una empresa tiene la posibilidad de actuar en un mercado o tomar decisiones de forma independiente al resto de sus competidores, sin una capacidad de respuesta efectiva por parte de éstos últimos.

Dice que se detecta cuando una actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre si o, por el contrario, cuando actúan varios competidores en determinada actividad económica, sin que entre ellos exista una competencia efectiva⁸⁸.

⁸⁸ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. Op. cit., p. 5.

Antes de la expedición de la Constitución Bolivariana la posición de dominio no era una violación a la ley y lo que regulaba ésta era el posible abuso en que pudieran cometer las empresas que se encontraran en posición de dominio, con la intención de obtener beneficios extraordinarios en perjuicio del resto de sus competidores y de los consumidores, en última instancia. Los monopolios en si mismos no eran ilegales, siempre que el agente económico que detentara el monopolio no abusara de dicha posición mediante prácticas de explotación⁸⁹.

Ahora, la Constitución Bolivariana⁹⁰ establece en su artículo 113 lo siguiente:

"No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren

⁸⁹ Ibid.

necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía." (Subrayo).

Se observa que a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Bolivariana los monopolios se volvieron ilegales por cuanto ésta los prohíbe de plano.

7.6.3. Argentina. El artículo 4° del capítulo II de la Ley 25.156 (Ley de Defensa de la Competencia) dice lo siguiente:

"Una persona, o más goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo; o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; o cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor, o participante en el mercado, en perjuicio de éstos."

Esto significa que la posición dominante la tienen los monopolios y monopsonios y los oligopolios que han adquirido tal poder de mercado que no se enfrentan a una competencia sustancial o están en capacidad de determinar la viabilidad

económica de un competidor. Esto es, quien ostenta posición de dominio en el mercado, tiene la posibilidad de sacar a sus competidores del mercado y destruirlos, si así lo decide.

Bajo la ley argentina se sanciona el abuso de la posición dominante en un mercado y no la posición dominante en sí misma. Al igual que en el Perú y Colombia, la sanción se dirige contra el abuso del poder de las empresas grandes con posición dominante en un mercado.

8. DE LA PRUEBA DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO.

Para desarrollar este capítulo se utilizan principalmente las reglas del derecho comunitario relacionadas con la prueba de la posición de dominio y algunos aportes de otras legislaciones, tales como la estadounidense y las de los países latinoamericanos, que están muy acordes con las tendencias europea y estadounidense.

En primer lugar, debemos mencionar que la posición dominante consta de tres elementos⁹¹, a saber:

- Una empresa capaz de ocupar la posición de dominio.
- Un mercado susceptible de ser dominado. Mercado relevante.
- El dominio de ese mercado.

⁹¹ VELILLA, Marco. Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante. En : Derecho de la competencia. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 1998, p. 177 y ss. (Bibliotheca Millennium. Colección Derecho Económico y de los Negocios).

La existencia de estos tres elementos en la definición de una posición de dominio son aceptados por todas las legislaciones estudiadas. Procedemos a estudiar cada uno de estos elementos por separado:

8.1. LA EMPRESA EN POSICIÓN DOMINANTE

El artículo 25 del Código de Comercio Colombiano define empresa así:

"Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

En este caso, puede detentar una posición dominante bien una empresa aislada, una persona natural que ejerza una actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, o un grupo de empresas (matrices y subordinadas o filiales) que conformen un cartel.

Puede igualmente tratarse de una empresa privada o una empresa pública, o de un monopolio legal como en Colombia lo son las fábricas de licores, en cabeza de los diferentes departamentos, o natural como lo son las empresas prestadoras de servicios públicos de electricidad.

8.2. EL MERCADO RELEVANTE

El Black's Law Dictionary define el mercado relevante de la siguiente manera:

Mercado relevante es el mercado geográfico compuesto por productos que son razonablemente intercambiables para el propósito para el cual se fabricaron, considerando su precio, uso y calidad. Es el mercado en el cual un producto compite efectivamente con otros productos funcionalmente equivalentes⁹².

De acuerdo con esta definición vemos que el mercado relevante es un lugar geográfico determinado, en el cual compiten ciertos productos o servicios.

Debido a que la posición dominante no puede existir en abstracto⁹³, sino existe en un lugar geográfico determinado y está relacionada con la venta o suministro de determinados productos o servicios en ese territorio determinado, resulta necesario establecer qué productos están en competencia con los productos de la empresa que se alega está en posición dominante y en qué área geográfica se dan las condiciones de competencia aplicables al producto de que se trata. Una vez se realice este ejercicio podremos definir el mercado relevante.

⁹² BLACK, Henry Campbell, Op. cit., p. 1291. La traducción es mía.

⁹³ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit, p. 508.

En efecto, el mercado relevante está compuesto por el mercado relevante del producto o servicio y el mercado relevante geográfico.

8.2.1. Mercado relevante del producto o servicio. Se trata la oferta y la demanda de los productos y servicios que son considerados por los compradores como sustituibles o intercambiables entre sí.

La definición del mercado relevante del producto o servicio responde a la pregunta: ¿Cuáles son los productos o servicios que compiten unos con otros?⁹⁴

Como lo explica la doctora Alarcón, el mercado relevante del producto o servicio es la delimitación de la clase de producto o servicio que satisface una demanda específica⁹⁵.

La Corte Constitucional ha entendido que el mercado relevante del producto o servicio se define en función de la sustituibilidad de los productos o servicios por una clientela determinada en términos de precios, calidades y demás características⁹⁶. Entonces, para efectos de determinar el mercado relevante dentro del cual se mueve la empresa con posición dominante, resulta importante

⁹⁴ CRAIG W., Conrath. Op. cit, p. 92.

⁹⁵ ALARCÓN CARRILLO, Margarita. Op. cit, p. 358 y ss.

⁹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-375 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

saber qué productos, en su caso, están en competencia con los productos de esta empresa.

La definición del mercado relevante del producto se efectúa en el derecho comunitario analizando dos factores: (i) Sustituibilidad en la demanda y (ii) Sustituibilidad en la oferta.

Estos factores deben ser evaluados teniendo en cuenta las "condiciones de competencia reales en el mercado"⁹⁷. Es decir, la determinación del mercado relevante del producto resulta útil para evaluar si la empresa de que se trata está en situación de prevenir el mantenimiento de la competencia efectiva y puede comportarse con independencia de sus competidores, clientes y consumidores. Por lo tanto, un examen limitado a las características objetivas del producto no puede ser suficiente: las condiciones de la competencia y la estructura de la oferta y demanda en el mercado también han de tenerse en consideración. Así lo precisó el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia de Michelin vs. Commission.

Procedemos ahora a explicar el mercado relevante del producto, de acuerdo con las reglas del derecho comunitario y el estudio de los siguientes factores: (i) Sustituibilidad en la demanda y (ii) Sustituibilidad en la oferta, así:

⁹⁷ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit, p. 509.

8.2.1.1. Sustituibilidad en la demanda. El análisis de la sustituibilidad en la demanda permite determinar la posibilidad que tienen los consumidores de desplazarse entre los distintos tipos de productos o servicios, en caso que ocurra un aumento de precios significativo y no transitorio⁹⁸. Significa esto que existe un grado suficiente de intercambiabilidad entre todos los productos que forman parte del mismo mercado, en la medida en que ellos se destinan para un uso similar y tienen características y precios semejantes.

8.2.1.1.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. El Tribunal de Justicia Europeo no ha utilizado un test específico para determinar cuál debe ser el grado de intercambiabilidad entre los productos. Ha entendido que ésta es una cuestión de hecho que depende de diversos factores, tales como las preferencias de los consumidores, sus necesidades, sus ingresos, los precios de los diferentes productos, y la elasticidad cruzada de la demanda (cambios de la demanda del producto A, por un cambio en el precio del producto B).

Sin embargo, de las diferentes sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, Bellamy y Child⁹⁹ extraen las siguientes indicaciones de los precedentes comunitarios:

⁹⁸ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA Resolución N° SPPLC/010-97.

⁹⁹ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit, p. 508 y ss.

- En el asunto *United Brands vs. Commission*¹⁰⁰ el Tribunal sostuvo que la intercambiabilidad debe ser más que “limitada”. En este caso la investigación era establecer el mercado relevante de los plátanos. El Tribunal sostuvo que el mercado relevante lo conformaba únicamente el plátano, y no las frutas frescas en general, pues el plátano gozaba de unas características especiales suficientemente distintivas de las demás frutas, que permitían que se hablase del mercado relevante del plátano y no del mercado de las frutas frescas.
- En el asunto *Hoffmann-La Roche*¹⁰¹ el Tribunal sostuvo que cuando un mismo producto se utiliza para diferentes usos y la función del producto en una aplicación difiere de la otra, entonces este producto puede estar en dos mercados de productos distintos. En efecto, en este caso se determinó que las vitaminas pertenecen a dos mercados diferentes, pues sirven para usos bionutritivos y también como sustitutos suministrados para uso industrial.
- En el asunto *Commercial Solvents vs. Commission*¹⁰² se estableció que el mercado para materias primas es separado del mercado de los productos fabricados con esa materia prima. En este caso se acusaba a *Commercial Solvents* por abusar de su posición de dominio al rechazar el suministro de una materia prima a un cliente. *Commercial Solvents* argumentó que había

¹⁰⁰ Asunto 27/76 *United Brands vs. Commission*.

¹⁰¹ Asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche vs. Commission*.

¹⁰² Asuntos 6 y 7/73 *Commercial Solvents vs. Commission*.

competencia efectiva frente al producto final etambutol por la existencia de otros fármacos antituberculosos en el mercado. El Tribunal rechazó este argumento, pues la queja era la denegación de suministrar aminobutanol como materia prima del etambutol.

- En el asunto Michelin vs. Commission¹⁰³ el Tribunal sostuvo que el mercado para recambios (de neumáticos) es diferente al mercado de productos nuevos. Se sostuvo que aunque la función del producto es la misma, las condiciones de competencia son diferentes. Por ejemplo la estructura de la competencia del mercado de recambios de neumáticos para camiones, autobuses y vehículos similares era distinta del mercado de suministro de tales productos para equipamiento original: se trataba de una demanda para adquirir uno o más neumáticos destinados a reemplazar los neumáticos existentes, y no de una demanda para camiones o autobuses nuevos que tienen que adquirir cuatro o más neumáticos nuevos. La naturaleza de la demanda era distinta y el mercado relevante debía limitarse a los recambios.
- En la sentencia de Michelin vs. Commission se sostuvo que un grupo de productos puede ser el mercado relevante, así: "*...tales diferencias entre distintos tipos y dimensiones de neumáticos no son vitalmente importantes para los comerciantes, que deben servir a una demanda de clientes de toda la gama de neumáticos para vehículos pesados. Además tales diferencias de*

¹⁰³ Asunto 322/81 Michelin vs. Commission.

tipo y dimensión del producto no son un factor crucial para la evaluación de la posición en el mercado de una empresa, porque dada su similitud y la manera en que se complementan cada uno desde el punto de vista técnico, las condiciones del mercado son las mismas para todos los tipos y dimensiones del producto".

8.2.1.1.2. Otras sugerencias de Craig Conrath para determinar el grado de

sustituibilidad de la demanda. Los anteriores son los casos importantes de medición de la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista de la demanda que han ilustrado la identificación del mercado relevante del producto por parte del Tribunal de Justicia Europeo. Sin embargo, Craig Conrath¹⁰⁴ dice que para determinar el grado de sustituibilidad de la demanda se deben observar otros aspectos, dentro de los cuales resalto los siguientes: a) las características de los productos, b) la evolución de los precios en un periodo de tiempo, c) el uso que los consumidores le den a los productos, esto se refiere a la necesidad que los productos satisfagan, la estructura de la demanda y las preferencias del consumidor. Veamos algunos ejemplos de lo anterior:

- *Características del producto.* Debe mirarse si los productos tienen características físicas idénticas o similares. Igualmente debe examinarse si dos productos, que a pesar de tener características físicas idénticas, tienen otros factores que los hagan pertenecer a mercados relevantes diferentes. Por

¹⁰⁴ CRAIG W., Conrath. Op. cit, p. 98 y ss.

ejemplo, las garantías de los productos, los servicios, disponibilidad de repuestos, etc., hacen parte de las características del producto.

- *La evolución de los precios en un periodo de tiempo.* Debe analizarse el comportamiento de los precios de los dos productos a través del tiempo. Si no hay correlación en los movimientos de precios entre los dos productos en un periodo significativo, esto sugiere que los dos productos no pertenecen al mismo mercado relevante. A contrario sensu, si los precios de los dos productos reflejan una estrecha correlación, esto indica una competencia entre los dos productos. Igualmente deben investigarse los precios históricos: si los vendedores del producto B pueden evitar el incremento en el precio del producto A.
- *El uso de los productos.* Se debe investigar el grado en que dos productos son intercambiables entre sí, para efectos de su uso final. Para poner un ejemplo: los encendedores desechables y los fósforos pueden pertenecer a un mismo mercado relevante, pues el uso final será el mismo, esto a pesar de que sus características físicas sean tan diferentes.

Debe investigarse qué han hecho los compradores en el pasado: si no han sustituido un producto B por uno A e indican que probablemente no lo harían, puede considerarse que los dos productos no compiten en el mismo mercado relevante. Lo mismo ocurrirá cuando los dos productos son vendidos a compradores que tienen características diferentes, por ejemplo, cuando el

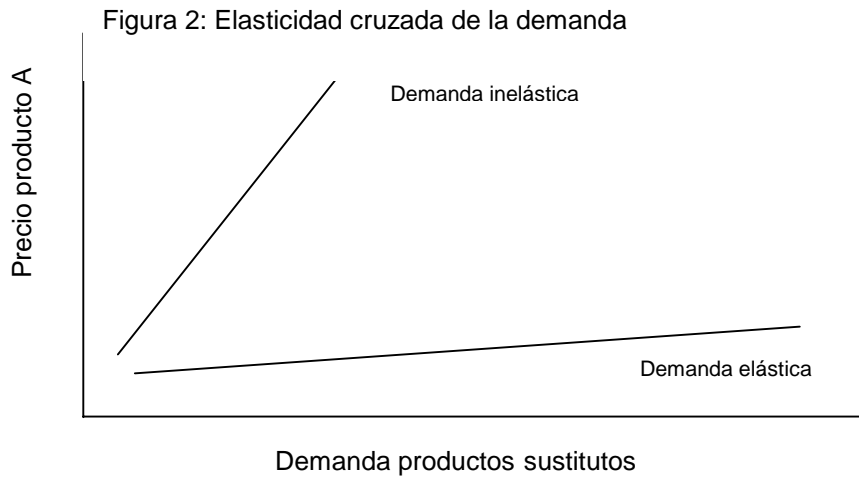
producto A es vendido a los consumidores y el producto B es vendido a los fabricantes. (Este último caso se observa en la determinación de dos mercados relevantes para la vitamina en el caso Hoffmann -La Roche vs. Commission).

Se puede concluir que dos productos formarán parte de un mismo mercado si tienen un precio similar y satisfacen una misma necesidad.

8.2.1.1.3. Análisis de la elasticidad cruzada de la demanda del producto o servicio. Resulta importante, en todo caso, analizar la elasticidad cruzada de la demanda del producto o servicio, ya que este examen nos mostrará lo que ocurre en el mercado por un alza en el precio de un producto.

Para este efecto, resulta necesario identificar el producto fabricado y vendido por la firma con un eventual poder de mercado (Producto A) y los productos hacia los cuales los consumidores se pueden desplazar si los precios de los productos originales se incrementan (productos sustitutos).

Este estudio permite observar la elasticidad de cruzada de la demanda frente a variaciones de precios de un producto, así:



- Si existen muchos productos hacia los cuales pueden desplazarse los consumidores por un alza en el precio del producto A, la demanda será elástica y los consumidores serán muy sensibles al precio, pues tienen otras opciones para reemplazar al producto A. Entrarán a formar parte del mercado relevante entonces, todos los productos que se tuvieron como sustitutos. Mientras más productos entren a formar parte del mercado relevante, el poder de mercado de la empresa que se investiga será menor, porque un leve aumento en el precio de su producto A va a generar el desplazamiento de los consumidores a los demás bienes sustitutos existentes en el mercado. Es decir, la empresa investigada no tendrá un gran poder sobre el precio.
- Si existen pocos productos hacia los cuales pueden desplazarse los consumidores por un alza en el precio del producto A, la demanda será inelástica y los consumidores no tendrán más opciones que pagar un alto

precio por el producto A. La presencia de pocos productos en el mercado relevante, son indicativos de un alto poder de mercado de la empresa que se investiga.

Como podemos ver, este estudio resulta importante por cuanto nos permite observar si los consumidores pueden optar por consumir un producto o servicio sustituto en el momento en que el supuesto monopolista o empresa con posición de dominio incrementa los precios. Si la respuesta es afirmativa, se producirá una reducción del poder de mercado del supuesto monopolista.

En los Estados Unidos de Norteamérica el precio es un factor preponderante para definir el mercado relevante del producto, ya que permite determinar la existencia de productos sustitutos. Entonces, para identificar qué productos pueden ser sustitutos de otro debe indagarse qué comportamiento seguirían los consumidores si ocurriera un aumento en el precio del producto A.

Craig Conrath¹⁰⁵ dice que no todos los consumidores se comportan de igual manera frente a cambios en el precio de un producto y distingue dos clases de ellos: (i) los consumidores inframarginales y (ii) los consumidores marginales.

Los consumidores inframarginales son aquellos consumidores que no tienen en cuenta el precio de los bienes para comprarlos, son los consumidores para los cuales el precio no resulta importante. Entonces, si sube el precio de un producto

van a seguir comprándolo al mayor precio, con tal de no tener que buscar otros productos sustitutos más baratos o buscar un almacén donde encuentren los mismos productos a precios inferiores.

Y por consumidores marginales entiende a aquellos consumidores para los cuales el precio es muy importante. Son los consumidores sensibles al precio, por lo que si éste sube mucho van a dejar de comprar en ese lugar y van a buscar otros productos sustitutos u otros almacenes donde se venda más barato.

De acuerdo con esto, son los consumidores marginales quienes deben ser tenidos en cuenta para efectos de la definición del mercado relevante del producto, pues son ellos los sensibles al alza en los precios y quienes determinarán qué productos sustitutos entrarán a formar parte del mercado relevante.

8.2.1.2. Sustituibilidad en la oferta. El análisis de la sustituibilidad en la oferta permite determinar hasta qué punto existen fuentes de competencia potencial para una empresa. En este estudio se investiga si existen fabricantes de otros productos que no se consideran sustitutos del producto de la empresa que se investiga (Producto A), que pueden empezar a producir y vender el producto A o uno sustituto. Esto es, indagar si hay productores que pueden entrar a competir en el mercado de los productos de la empresa que se investiga.

¹⁰⁵ Ibid., p. 95.

Se trata entonces de considerar las posibles respuestas de los vendedores a un incremento en el precio de un producto. Si los vendedores de otros productos pueden empezar a producir el producto que subió de precio, o uno sustituto de éste a un precio más bajo, habrá sustituibilidad de la oferta.

Por lo tanto, se deben tener en cuenta a aquellas empresas que no están ofreciendo los productos o servicios actualmente, pero que podrían, en el corto plazo y a bajo costo ofrecer el producto o servicio como respuesta a un pequeño incremento en el precio provocando que el mismo vuelva a su nivel original.

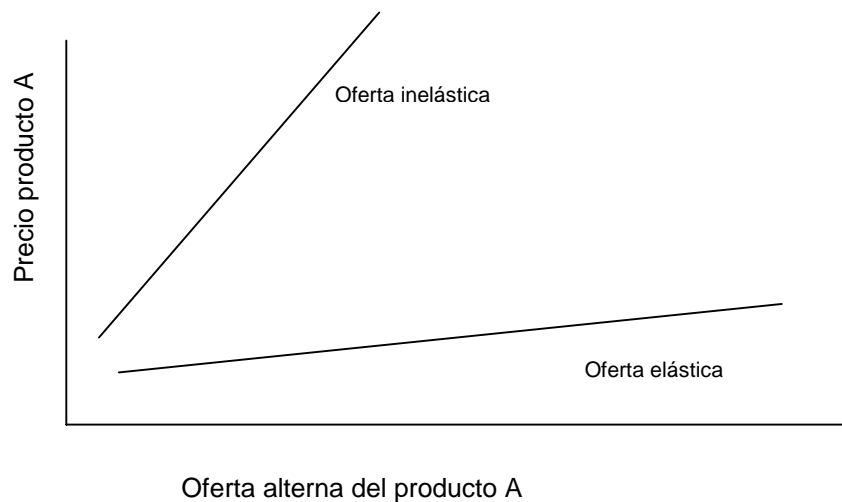
Estas empresas pueden entrar a competir con la empresa investigada por diferentes razones. Por ejemplo, pueden adaptar sus equipos actuales de producción, pueden poseer ya sistemas de distribución o venta, o pueden construir o adquirir activos que permitan la producción o venta de los productos o servicios en el mercado relevante.

8.2.1.2.1. Análisis de la elasticidad cruzada de la oferta de un producto o servicio. Igualmente resulta importante analizar la elasticidad cruzada de la oferta del producto o servicio. Este examen nos mostrará lo que ocurre en la oferta del mercado si hay un aumento en el precio de un producto. Para este efecto debemos identificar a las empresas que potencialmente podrían entrar a competir en el mercado por tener algunas facilidades que así se lo permitieran.

Deben analizarse entonces los costos de adaptación de los equipos de las empresas o las posibilidades de construcción de procesos de producción, distribución y mercadeo. Si se determina que un determinado productor o competidor "potencial" puede adaptar sus instalaciones para fabricar el producto A o uno sustituto de éste en cantidades suficientes que permitan reprimir un incremento en el precio, esta empresa debe ser incluida dentro del mercado relevante.

Este estudio permite observar la elasticidad cruzada de la oferta frente a variaciones de precios de un producto, así:

Figura 3: Elasticidad cruzada de la oferta



- Si existen muchos productores con capacidad y recursos para entrar al mercado y ofrecer el producto A o uno sustituto de éste ante un alza en su precio, la oferta será elástica y por lo tanto el precio tenderá a mantenerse

constante (el ingreso de estos competidores potenciales al mercado regularía el precio). Entrarán a formar parte del mercado relevante todos los productores potenciales que tienen la capacidad de fabricar productos similares o sustitutos. Mientras más productores entren al mercado relevante, el poder de mercado de la empresa que se investiga será menor, porque un leve aumento en el precio de su producto A va a generar la entrada de éstos al mercado. Es decir, la empresa investigada no tendrá gran influencia sobre el precio.

- Si existen pocos o ningún productor con capacidad para entrar en el mercado y ofrecer el producto A o uno sustituto de éste ante un alza en su precio, la oferta será inelástica y el precio del producto A se mantendrá alto. La presencia de pocos productores potenciales en el mercado relevante indica que la empresa que se investiga tiene un gran poder sobre el precio de mercado.

En el asunto *Continental Can vs. Commission*¹⁰⁶ se revela que si hay una firma que está en posición para entrar a este mercado a través de una simple adaptación de sus equipos con suficiente fortaleza para crear un contrapeso serio, esta empresa debe considerarse incluida en el mercado.

8.2.2. Mercado relevante geográfico. El Black's Law Dictionary define mercado relevante geográfico así:

¹⁰⁶ Ibid., p. 97.

"Es la parte del mercado relevante que identifica el área física en la cual una firma puede tener poder de mercado. Es el área territorial en la cual los comerciantes compiten efectivamente"¹⁰⁷. (La traducción es mía)

El mercado relevante geográfico es entonces la dimensión geográfica o ámbito espacial dentro del cual se confrontan la oferta y la demanda del producto o servicio.

El artículo 9.7 del Reglamento de Control de Concentraciones entre empresas de la Comunidad Económica Europea define el mercado relevante geográfico, así¹⁰⁸:

"El mercado geográfico de referencia está constituido por un territorio sobre el que las empresas en cuestión intervienen en la oferta y la demanda de bienes y servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos, en particular por las condiciones de competencia notablemente diferentes de las de dichos territorios. En esta apreciación conviene tener en cuenta en particular la naturaleza y las características de los productos y de los servicios de que se trate, la existencia de barreras de entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio

¹⁰⁷ BLACK, Henry Campbell, Op. cit. p. 687.

¹⁰⁸ Tomado de BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit, p. 530.

considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precios sustanciales.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio precisa que el mercado geográfico relevante se delimita por la inhabilidad de productores de otras áreas para beneficiarse de elevaciones de precios. Menciona como variables importantes en la determinación del mercado geográfico a los costos de transporte, la pericibilidad del producto, su peso y monto del precio unitario, y la política de importaciones, entre otros¹⁰⁹.

Como se desprende de esta afirmación, existen ciertas variables que inciden en la determinación del mercado geográfico relevante, variables que formarán lo que se llama una barrera de acceso al mercado. Las barreras de entrada al mercado hacen referencia a las desventajas de los potenciales competidores para entrar a competir en un mercado.

Podemos enumerar las siguientes barreras de acceso al mercado: las economías de escala, la diferenciación de los productos y las ventajas absolutas en costos; los monopolios legales; las barreras arancelarias; la importancia de las importaciones; las concesiones administrativas: las políticas de contratación exclusiva o preferente de productos o servicios nacionales; la relación entre el costo de transporte y el valor final del producto; la importancia de los servicios accesorios al suministro del producto; la existencia de normas diferentes para la

producción, embalaje, comercialización, etiquetación o prestación de servicios que exijan a los operadores extranjeros costos de adaptación, entre otros. Todas estas son restricciones que impiden la entrada al mercado por parte de competidores potenciales y delimitan el espacio dentro del cual compite un determinado producto.

En los Estados Unidos de Norteamérica la delimitación del mercado relevante geográfico responde a la siguiente pregunta: ¿A qué fuentes se dirigirían los consumidores si el precio del producto relevante se incrementara en un monto pequeño pero significativo? Si un número sustancial de consumidores fuese a comprar en un área externa a la considerada, entonces ésta área adicional debe ser incluida en el mercado geográfico¹¹⁰.

La investigación dirigida a determinar el mercado relevante geográfico¹¹¹ debe comenzar con el estudio del área geográfica dentro de la cual operan las empresas que ofrecen los productos que compiten entre sí. Seguidamente debe preguntarse qué ocurriría con los compradores ante un incremento en el precio del producto. Si al producirse un aumento en el precio del producto, los compradores pueden trasladarse hacia otras áreas geográficas donde encuentren vendedores o proveedores del mismo producto o servicio (desplazamiento espacial de la demanda), el mercado se debe ampliar.

¹⁰⁹ SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, 1994.

¹¹⁰ CRAIG W., Conrath. Op. cit, p. 102.

Cuando las empresas localizadas en las áreas geográficas distintas a las de origen del producto, que ofrecen el mismo producto, sean consideradas como alternativa por parte de los consumidores, entrarán a formar parte del mercado relevante geográfico.

Igualmente debe preguntarse qué ocurriría con las empresas que en la actualidad no están compitiendo en ese territorio, pero que estarían en capacidad de llevar sus productos para la venta en ese territorio. El mercado se ampliará si, al producirse un aumento en el precio del producto, los vendedores y proveedores ubicados en otras áreas geográficas distintas a las de origen del producto pueden trasladar su oferta hacia el área de origen del producto y venderlo a un precio competitivo. Estas empresas entrarán a formar parte del mercado relevante geográfico.

Que una empresa localizada en un área geográfica distinta a la de origen sea tenida como alternativa por parte de los consumidores se determina analizando cuál es el costo de adquirir o vender en el lugar analizado un producto existente en un mercado cercano.

¹¹¹ Ibid.

La identificación del mercado geográfico relevante:

El autor Conrath, basado en los principios seguidos por la Oficina de Defensa de la Competencia de Canadá, sostiene que deben observarse los siguientes aspectos¹¹²:

- Debe investigarse la conducta histórica de los compradores ante el alza no transitorias en los precios. Investigar a qué sitios se han trasladado para adquirir el producto que sufrió el alza de precio.
- Debe estudiarse el grado en que los vendedores distantes son tenidos en cuenta en los planes de negocios de las empresas y en las estrategias de mercadeo por parte de las empresas ubicadas en el mercado geográfico original del producto.
- Deben analizarse los costos de transporte de la mercancía. Si los costos de producción más los costos de transporte de los productos desde este lugar lejano exceden el precio ya incrementado, debemos excluir a los productores de esa área del mercado relevante geográfico. Si los precios de un área distante han excedido históricamente los precios en el área geográfica relevante y sobrepasan los costos de transporte, esto indica que las dos áreas conforman mercados separados.

¹¹² Ibid., p. 106 y ss.

- Deben valorarse los costos “hundidos” o no recuperables de establecimiento del negocio por parte de los empresarios ubicados en un área geográfica lejana. Algunos ejemplos de costos hundidos son: la red de distribuidores, los costos de mercadeo y de publicidad, etc. Si estos costos, más la suma de los costos de producción y transporte resultan mayores al precio del producto ya aumentado, existirá un indicio de que esa área no hace parte del mercado relevante geográfico.
- También debe estudiarse si las características del producto son aplicables a los dos lugares geográficos y si el producto puede ser transportado hacia el mercado relevante.
- Debe estudiarse la relación de precios de los productos entre las dos áreas geográficas. Si hay una alta correlación en los movimientos de precios esto resulta indicativo de que hay una competencia efectiva de los productos entre las dos regiones.
- La ausencia de embarques o transportes significativos entre las dos áreas indica que éstas no están dentro del mismo mercado relevante

8.2.3. El dominio de ese mercado o grado relevante de poder económico.

8.2.3.1. Concepto. Ya habiendo delimitado el mercado e identificado a las empresas que operan en el mismo, y a las que sin estar operando podrían entrar a competir ante un aumento en el precio del producto o servicio, debemos pasar al estudio del grado de poder económico de la empresa que se investiga dentro del mercado.

Este examen es decisivo en la identificación de una empresa con posición dominante en un mercado. Al analizar un mercado no solo debe tenerse en cuenta la estructura del mismo, sino la posibilidad de que algún agente económico pueda unilateralmente o en conjunción con otros, condicionar los precios u otras variables de competencia. Este examen, por lo tanto, se refiere al estudio del grado de poder de la empresa dentro del mercado relevante.

El término poder de mercado se origina en economía y su significado económico original es el poder de una empresa cuyas propias decisiones acerca de producción tienen algún efecto sobre el precio del mercado, sea grande o pequeño. En los Estados Unidos de Norteamérica el término poder de mercado es usado como sinónimo de poder sustancial sobre el precio¹¹³. Según Conrath, los términos *posición dominante*, usado en la Unión Europea y *poder de mercado*,

¹¹³ CRAIG W., Conrath. Op. cit, p. 148.

usado en Estados Unidos, deben utilizarse como sinónimos. Por lo tanto, utilizaré ambos términos indistintamente.

La Superintendencia de Industria y Comercio dice que para determinar la existencia de dominio en el mercado relevante la empresa considerada debe tener la posibilidad de ejercer control efectivo del mercado relevante, esto es poder actuar con independencia del comportamiento de sus competidores, clientes y consumidores, en los instrumentos de rivalidad: precios, variedades y calidad. La determinación se mira analizando, entre otros factores determinantes del poder de mercado, los siguientes: participación, el exceso de capacidades y las barreras de entrada.

Como lo hemos visto, según la definición expuesta en el punto 7.1 de esta sección, una empresa se encuentra en posición dominante cuando puede jugar sobre el mercado un papel director hasta tal punto que sus competidores se vean obligados a adecuarse a su comportamiento.

En la legislación Argentina, el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia consagra que a fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado deben considerarse, entre otros factores, el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder.

8.2.3.2. El poder de mercado en las diferentes clases de mercados de competencia imperfecta.

8.2.3.2.1. Poder de mercado de los monopolios y los monopsonios. El estudio del poder de mercado de los monopolios y los monopsonios es relativamente simple, pues resulta claro que las empresas monopolistas y monopsonistas tienen necesariamente y de hecho, una posición dominante, ya que no se encuentran enfrentadas a competencia alguna. Existe una concentración absoluta de la potencia económica en cabeza de ellos que les da el poder para controlar el precio del mercado a su mejor conveniencia.

8.2.3.2.2. Poder de mercado de los oligopolios y los oligopsonios. En tratándose de oligopolios u oligopsonios el estudio del poder de mercado resulta más complejo, pues puede existir una competencia oligopólica u oligopsónica en el mercado y por lo tanto, la medición del poder de mercado de una empresa debe realizarse a través de un análisis de todos los factores que determinan el funcionamiento del mercado que se analiza. A continuación expongo los factores que la doctrina ha estimado relevantes para identificar el poder de mercado de una empresa.

8.2.3.3. Reglas relevantes para examinar la existencia del dominio por parte de una empresa. Me refiero en este punto a las reglas utilizadas por el Tribunal de Justicia Europeo, las cortes norteamericanas y las leyes latinoamericanas para examinar si una empresa tiene posición de dominio o poder en un mercado.

En la Comunidad Económica Europea se analizan diferentes factores para determinar la posición dominante en el mercado relevante¹¹⁴. Estos factores nos permitirán identificar el poder de mercado de la empresa que se investiga, teniendo en cuenta que el poder de mercado de una empresa es lo que le permite imponer unilateralmente los precios y las condiciones de intercambio de los productos y servicios en el mercado. Los examinaremos a continuación:

La concentración del mercado y cuota de mercado de la empresa. La cuota de mercado de la empresa en el mercado relevante es considerado por las distintas autoridades, como uno de los factores más importantes en la determinación de la posición dominante de una empresa, pero para un correcto uso de este factor debe analizarse junto con la concentración del respectivo mercado.

Como lo expone el doctor Velilla, se trata del estudio de *“ la parte de cada uno de los competidores en el mercado, su peso respectivo y su grado de concentración.*

¹¹⁴ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit, p. 515 y ss. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Op. cit., p. 178 , y ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Op. cit, p. 137 y ss.

*En este caso se trata de apreciar el poder económico relativo de la empresa en función de la estructura del mercado en causa y de la competencia que se ejerce sobre este o sobre los mercados conexos del conjunto de una gama de productos o dependientes de un mismo sector de actividades*¹¹⁵.

Antes de tratar el tema de la cuota de mercado de la empresa, debe analizarse la estructura del mercado mismo, su concentración. La concentración de un mercado se da en función del número de empresas y la participación de estas empresas en el mismo.

La importancia de la participación o cuota de mercado de la empresa únicamente se puede evaluar después de hacer un examen del nivel de concentración del mercado. Este examen conjunto nos permite conocer cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante.

En efecto, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos tiene en cuenta no sólo el grado de participación de la empresa en el mercado relevante, sino que examina el nivel de concentración del mercado en que dicha empresa actúa¹¹⁶. Desde 1982 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos utiliza el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante HHI) para medir el nivel de concentración de un mercado determinado. Este índice se calcula sumando los porcentajes de

¹¹⁵ VELILLA, Marco. Op. cit, p. 192.

¹¹⁶ BULLARD, Alfredo. Op. cit, p. 14.

participación de todas las empresas en un mercado y luego elevarlos al cuadrado.

Pongamos un ejemplo:

Si en un mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30%, 30%, 20% y 20%, el HHI se calcula así:

$$(30)^2 + (30)^2 + (20)^2 + (20)^2$$
$$900 + 900 + 400 + 400 = 2600$$

Por lo tanto existe un HHI de 2600¹¹⁷

El HHI va de cero a 10.000. Un HHI de 10.000 es un mercado totalmente concentrado, donde existe un monopolio puro de una empresa con una participación del 100% en el mercado. Y un HHI con un número cercano a 0 es un mercado desconcentrado o atomizado, en el cual ninguna empresa supera el 0.1% de participación.

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha dividido los niveles de concentración en tres áreas:

- Mercados desconcentrados: son los que tienen un HHI menor a 1.000;

¹¹⁷ FITZPATRICK, Jim and SOMMERVILLE, Andrew. How to use the herfindahl-hirshman index. En: Competition Journal. (1992) 3 ed., v. 2. www.fitzpatrick-associates.com/articles/064.htm

- Mercados moderadamente concentrados: son los que tienen un HHI entre 1.000 y 1.800 y;
- Mercados altamente concentrados: son los que tienen un HHI superior a 1.800. En éstos mercados los riesgos de afectación a la competencia son más altos.

Esto mismo es lo que el Tribunal de Justicia Europeo ha llamado estudio de las "cuotas de mercado relativas", que se encarga de determinar el nivel relativo de los competidores cercanos de la empresa investigada (United Brands vs. Commission). El Tribunal ha destacado la importancia de este estudio, pues las condiciones de competencia son distintas en un mercado en el cual el principal suministrador tiene un 40% y otros dos tienen un 30% cada uno y en un mercado en el cual el principal suministrador tiene un 40% y ningún otro tiene más del 10%¹¹⁸. En el segundo caso el poder de mercado de la empresa investigada será mayor.

Una vez realizado el estudio de concentración del mercado, debe estudiarse la cuota de mercado de la empresa, y que se refiere a la participación (porcentaje de participación) de la empresa en el mercado relevante. (United Brands vs. Commission, Hoffmann-La Roche vs. Commission). El Tribunal de Justicia Europeo no ha considerado este criterio como determinante de la posición de dominio, aunque si importante, dado que una gran participación de una empresa

¹¹⁸ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham, Op. cit., p. 517 y ss.

en el mercado relevante es el mejor indicativo del poder de ella en el mismo. Así lo sostuvo en el fallo Hoffmann- La Roche vs. Commission:

“Una empresa que tenga una cuota de mercado muy grande y que mantenga durante cierto tiempo gracias a su volumen de producción y sus suministros a gran escala – sin que aquellos con cuotas de mercado más pequeñas sean capaces de servir la demanda de aquellos que quisieran dejar al proveedor en posición dominante – está, en méritos de tal cuota de mercado, en una posición de fuerza que los convierte en un proveedor necesario, y que la posibilita, al menos durante largo periodo, a actuar con plena libertad de acción que es la característica especial de una posición dominante”¹¹⁹.

En la misma sentencia dijo lo siguiente:

“La existencia de una posición dominante puede derivar de varios factores que, tomados paralelamente, no son necesariamente determinativos, pero entre tales factores uno muy importante es la existencia de una cuota de mercado muy grande”

De acuerdo con el criterio expuesto del Tribunal, se concluye que las participaciones de mercado son muy importantes, pero no decisivas. Debemos analizar factores que hacen que estas participaciones de mercado sean menos

¹¹⁹ Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche vs. Commission. Tomado de BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit., p. 516.

importantes. Por ejemplo, las condiciones de oferta y demanda muy flexibles (o elásticas) hacen a la participación de mercado menos importante. Otro factor que disminuye la importancia de las cuotas de mercado es que haya barreras de entrada al mercado bajas, esto es, que las condiciones de entrada al mercado sean fáciles.

¿Pero cómo se mide la participación de una empresa en el mercado? El estudio de Craig Conrath¹²⁰ nos muestra 3 formas distintas de medirla, a saber:

- A través del estudio de la capacidad de fabricación del producto, esto es la capacidad total de la empresa. Este estudio mide el tamaño de la fábrica en función de la producción. Se deben examinar diversos factores tales como la calidad de los insumos, el número de trabajadores y el número de horas de operación de la fábrica por semana. Estos factores inciden en la determinación de la capacidad total de la empresa.
- Estudiando el volumen de producción, que se refiere al número de unidades producidas en un periodo de tiempo determinado.
- Estudiando el valor o número de unidades de producto vendidas. Las ventas resultan importantes en relación con productos en los cuales la marca es importante, o en productos que tienen una variedad de características (equipos

¹²⁰ CRAIG W., Conrath. Op. cit, p. 153.

de audio electrónico o computadoras). Existen mercados en los cuales el valor de las unidades vendidas resulta más importante que el número de unidades vendidas, como los mercados de bienes de alta tecnología y altos costos.

Se puede usar cualquiera de los tres métodos de medición, y deberá escogerse el que esté más acorde con el mercado que se estudia. Por ejemplo, debe usarse el método de valor de unidades vendidas para aquellas industrias o mercados en los cuales es importante el valor de los productos. Esto sucede por ejemplo en mercados donde los productos involucran una alta tecnología. El método de volumen de producción se usará respecto a la industria o mercado en el cual las cantidades producidas es uno de los factores de competencia, por ejemplo la industria de la cerveza.

Por su parte, Bellamy y Child¹²¹ recogen las diferentes decisiones del Tribunal de Justicia Europeo que indican la forma en que se examinó la importancia de las cuotas de mercado, para efectos de identificar la posición de dominio de una empresa en el mercado, así:

- Hubo casos en los cuales la existencia de una gran cuota de mercado (entre 75% y 90%) fue suficiente para probar, por sí misma, la posición dominante en el mercado sin necesidad de entrar a considerar otros factores. Esto sucedió

¹²¹ BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Op. cit, p. 517.

en los asuntos de Hoffmann-La Roche vs. Commission y Tetrapak vs. Commission.

- El Tribunal también ha declarado la posición de dominio de una empresa analizando sus cuotas de mercado y comparándolas con las cuotas de mercado de sus principales competidores. Por ejemplo, en el caso Michelin vs. Commission, el Tribunal dictaminó una cuota del 57% al 65% en el mercado de neumáticos de recambio nuevos para vehículos pesados, que comparada con las cuotas de mercado de sus principales competidores, que estaban entre 4% y 8%, indicaban válidamente el poder de Michelin sobre el mercado y sobre sus principales competidores. (Este mismo estudio se realizó en los asuntos de Hoffmann - La Roche y United Brands).

Estos autores, con base en la jurisprudencia estudiada, concluyen que una cuota inferior al 30% en un mercado no es prueba de posición de dominio, excepto en circunstancias excepcionales, a la luz de otros factores. Los porcentajes que varíen entre 30% y 40% parece que están también por debajo el nivel que indica posición dominante, por lo que se requieren diferencias sustanciales entre cuotas de mercado de la empresa investigada y sus principales competidores, impedimentos significativos a la entrada, etc. para que se pueda probar la posición dominante. Parece que los porcentajes por encima del 40% son considerados como significativos en la evaluación de la posición dominante, dependiendo de otros factores distintos.

En Canadá la cuota de mercado que define el poder de mercado de una empresa es la posesión del 35% de participación en el mercado relevante. Se estima que con ese porcentaje la empresa tiene la habilidad o capacidad de afectar los precios de la industria¹²². En este país también se realiza el análisis comparando la diferencia o desigualdad entre las cuotas de mercado de la empresa investigada y sus competidores. Al igual que en el derecho europeo, en Canadá la cuota de mercado es uno de los factores que hay que tener en cuenta, pero que no es exclusivo ni excluyente de otros que determinarán la existencia del poder de mercado de la empresa que se investiga.

En Perú, los diferentes pronunciamientos del INDECOPI indican que un porcentaje de 50% de participación de mercado de la empresa, determina la existencia de la posición de dominio de ésta, lo cual guarda similitud con los criterios desarrollados en el sistema europeo¹²³.

La evolución y madurez del mercado. Deben estudiarse igualmente los cambios que han sufrido las cuotas de mercado de las diferentes empresas competidoras a través del tiempo. Este es un examen de la evolución o madurez del mercado. Debe indagarse si la empresa ha aumentado su cuota de participación en el mercado a través del tiempo y si el nivel de precios y el margen de utilidad ha variado. El Tribunal de Justicia Europeo no ha señalado un periodo

¹²² CANADA. DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH. COMPETITION ACT. Predatory pricing enforcement guidelines. Ottawa : Competition Act Minister of Supply and Services Canada, 1992, p. 7 y 8.

de tiempo en el cual una cuota de mercado alta y estable es considerada como indicativa de dominio (Asunto Eurofix Bauco vs. Hilti).

El estricto control de calidad sobre el producto. El control de la empresa sobre la calidad de sus productos es un atributo que, en cierto tipo de mercados, como en los que se distinguen por la competencia en la diferenciación de productos, puede llevarla a constituirse en líder. (Asunto United Brands vs. Commission).

Las ventajas técnicas y tecnológicas sobre los competidores. La posesión de ventajas tecnológicas adquiere gran importancia en mercados de productos que involucren alta tecnología y en los cuales haya un constante y permanente avance tecnológico, como sería el caso de las empresas que fabrican equipos de computación. Las ventajas tecnológicas le dan posibilidad al poseedor de éstas de ser líder en el desarrollo de productos o servicios sobre sus competidores (Hoffmann-La Roche vs. Commission y Michelin vs. Commission). Una firma con grandes ventajas tecnológicas puede disminuir sus costos significativamente y crear economías de escala, lo cual le da poder para controlar los precios.

Reputación de la marca. La existencia de una marca del producto de gran reputación por la implementación de campañas de publicidad en gran escala es otro factor que puede contribuir a la posición de dominio de la empresa en un mercado (Asunto United Brands vs. Commission).

¹²³ BULLARD, Alfredo. Op. cit, p. 18.

La posesión de una red de distribuidores o de ventas (Asunto Hoffmann-La Roche vs. Commission y Asunto Michelin vs. Commission). Si la distribución de los productos o servicios hace difícil para otras firmas competidoras crecer o expandirse, entonces el sistema de distribución puede contribuir a la posición dominante de una firma. Sin embargo, el examen de este factor debe sumarse al análisis de otros, pues el sistema de distribución es tan solo uno de los numerosos factores que un nuevo participante tiene que crear o adquirir para entrar a competir en un mercado. Lo mismo ocurre cuando se tiene una red de ventas establecida y estrategias de marketing o mercadeo coordinadas.

Una amplia gama de productos que satisfacen las mismas necesidades (Asunto Michelin vs. Commission).

Recursos tecnológicos y financieros. Si la empresa pertenece a un grupo empresarial deben tenerse en cuenta los recursos financieros del grupo, que la harán más potente, frente a otros competidores individuales. Este factor se refiere a la fuerza global de la empresa, a las economías de escala, a la sinergia. Se refiere a la suma de los recursos empleados para la producción o suministro de los productos (Asunto Michelin vs. Commission y Asunto BPB Industries PLC).

Debe analizarse si la escala de actividades impide o restringe efectivamente la entrada o expansión de los competidores. Si las actividades de que se trata pueden ser realizadas por competidores que operen eficientemente en escalas

más reducidas, puede negarse la existencia de una posición dominante. En cambio, si el tamaño de la empresa que se investiga le permite reducir los costos de producción e integrar mejor su aparato productivo para ofrecer mejores productos a precios más bajos que los de sus competidores, puede inferirse la existencia de una posición dominante en el mercado por parte de esta empresa.

Los derechos de propiedad intelectual. La titularidad de derechos de propiedad industrial o intelectual en cabeza de un empresario no significa que la empresa tenga posición dominante en un mercado determinado, pero es otro más de los factores que deben analizarse, en la medida en que puede contribuir (junto con otros factores) a probar la posición dominante de una empresa.

La investigación debe estar dirigida a determinar si la titularidad de los derechos de propiedad industrial e intelectual (derechos de autor, patentes, marcas, diseños industriales) permiten al titular impedir la competencia efectiva en el mercado relevante, teniendo en cuenta la existencia de otros productores que comercialicen productos semejantes o similares (Asunto Deutsche Grammophon vs. Metro y Asunto Parke Davis vs. Probel). La propiedad intelectual puede crear una posición dominante, pero no necesariamente lo hace.

Se ha estimado, en general, que la protección legal sobre las marcas no crean un impedimento serio de la competencia. no obstante, una fuerte imagen puede ser un factor que contribuye a la posición dominante.

Las barreras de entrada al mercado o ausencia de potenciales competidores.

Muchos de los factores antes mencionados, como derechos de propiedad industrial e intelectual, recursos tecnológicos, financieros y monopolios legales o la simple estructura del mercado pueden dar lugar a la creación de las "barreras de entrada" al mercado.

Las barreras de entrada al mercado hacen referencia a la posibilidad de entrada de participantes potenciales al mercado o a las dificultades que encuentren las empresas para entrar a un mercado. Cuando un mercado no tiene barreras de entrada (aquí hablamos de un mercado contestable), es decir, no existen impedimentos para el ingreso de nuevos competidores, el comportamiento de las empresas que eventualmente pueden detentar una posición dominante se regularía o neutralizaría con la entrada de los nuevos competidores al mercado. Por ejemplo, si la empresa sube el precio del producto, esta alza incentivará a los competidores "potenciales" a entrar a competir al mercado, dados los beneficios supra-competitivos. La entrada de estos nuevos competidores, a su vez, regularía el precio y lo bajaría a su nivel de competencia.

Esto significa que cuando las barreras de entrada al mercado son bajas, porque es fácil entrar y no es costoso, a pesar de la alta concentración que pueda existir en el mercado, no se configura una posición de dominio en la medida que la

competencia potencial es considerada en las decisiones de las firmas ya instaladas en el mercado¹²⁴.

La ausencia de competencia potencial fue uno de los factores que el Tribunal de Justicia Europeo consideró como evidencia de una posición dominante en el caso Hoffman-La Roche *"porque es la consecuencia de la existencia de obstáculos, evitando que nuevos competidores tengan acceso al mercado"*.

Existen diferentes barreras de entrada al mercado que pueden catalogarse así: (i) barreras de entrada legales (monopolios estatales), (ii) barreras de entrada reglamentarias (autorizaciones previas), (iii) barreras de entrada económicas (necesidad de altas inversiones de capital, economías de escala, ventajas absolutas de costos y diferenciación de productos¹²⁵) o (iv) barreras de entrada tecnológicas (altos costos de investigación). (United Brands vs. Commission y Hoffmann-La Roche vs. Commission).

En los Estados Unidos de Norteamérica la condición de entrada a un mercado se clasifica generalmente como: a) Fácil (Sin barreras); b) Existencia de impedimentos ineficientes (Barreras muy bajas que estimulan la entrada); c) Existencia de impedimentos eficientes (barreras suficientemente altas que permitirían una entrada riesgosa, con una expectativa de amplias ganancias. Esto

¹²⁴ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° SPPLC/010-97 del 19 de mayo de 1997.

¹²⁵ BEGG; David, FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Ob cit, p. 167.

ocurre porque hay un precio por encima del competitivo, pero que no es suficientemente atractivo para la mayoría de los posibles competidores); y d) Barricadas (barreras suficientemente altas que permiten cobrar a un precio de monopolio absoluto sin inducir la entrada de nuevas firmas)¹²⁶.

La dependencia de los consumidores frente a los productos. El Tribunal de Justicia Europeo ha sostenido que cuando existe una situación de escasez en el mercado y por lo tanto, los consumidores están en situación de dependencia en relación con sus tradicionales proveedores, debe considerarse que dichos proveedores tienen una posición de dominio en el mercado en relación con sus consumidores (Asunto ABG Oil Companies vs. Commission).

La utilización que la empresa haga de sus ventajas estructurales. Esto se refiere a la forma en que la empresa ha utilizado sus ventajas estructurales, esto es, al comportamiento de la empresa en el uso de sus facilidades.

Las ventajas estructurales de una empresa pueden ser el desarrollo tecnológico del proceso de producción, una desarrollada red distribución, los accesos fáciles a materias primas o a recursos financieros, suministros, etc.

¹²⁶ MÜLLER, Charles. Op. cit.

9. DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO Y SUS EFECTOS.

9.1. CONCEPTO DE ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

9.1.1. En el derecho colombiano. El Decreto 2153 en su artículo 50 consagra cinco presunciones de abuso de la posición dominante, lo que significa que una vez probada la posición de dominio de la empresa y verificada la conducta descrita en la ley se presume el abuso. Igualmente, el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 consagra una serie de presunciones de abuso de la posición dominante en el contrato de servicios públicos, de manera que si se encuentra alguna de las cláusulas consagradas en este artículo en el contrato de servicios públicos, se presume el abuso de la posición dominante por parte de la empresa prestadora de servicios públicos frente al usuario.

Fuera de estos casos, el carácter abusivo de la conducta deberá probarse. ¿Pero qué constituye un abuso de la posición dominante? En Colombia no existe desarrollo jurisprudencial sobre este punto. Considero que para definir el concepto se debe partir de la finalidad del derecho a la competencia en Colombia: la protección del proceso mismo de competencia¹²⁷, de los consumidores y los

¹²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

competidores. Entonces se comete abuso cuando se vulneran los principios y las normas que protegen la libre competencia en los mercados, ya sea por exceso, bien sea por defecto. En cada caso particular deberá analizarse la norma y principios susceptibles de ser violados por la conducta, y así se podrá identificar el abuso.

9.1.2. En el derecho norteamericano. Como bien lo explica el doctor Miranda¹²⁸ el concepto de abuso de la posición dominante en el derecho estadounidense ha sido desarrollado por la jurisprudencia. En efecto, bajo la Sherman Act no se castiga el poder monopolístico que detente una empresa en el mercado, sino únicamente cuando las conductas realizadas por esta empresa con poder de mercado estén dirigidas o tengan el efecto de reducir la competencia.

Bajo el artículo 2 de la Sherman Act se sancionan dos situaciones, a saber: (i) La situación en la cual las empresas han adquirido su poder de monopolio de manera ilegal. Esto significa, que hayan adquirido su poder a través prácticas restrictivas de la competencia (y no por medio de mejoras en la eficiencia, y una justificación económica racional), caso en el cual, cualquier acto que la empresa cometa, así no sea en ejercicio de su poder, será ilegal. (ii) Las conductas que realizadas por la empresa haciendo uso de su poder monopolístico, tiendan a restringir la competencia.

¹²⁸MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Op. cit., p. 183.

9.1.3 En el derecho europeo. Como lo vimos en el punto 7.4 de esta sección, el artículo 86 del Tratado de Roma sanciona los abusos de la posición dominante en el mercado. Y bajo este artículo existen dos modalidades de abuso de la posición dominante, a saber:

Cuando la sola presencia de una empresa con posición dominante debilita la estructura de la competencia (Asuntos Hoffmann - La Roche vs. Commission y Euroemballage and Continental Can vs. Commission).

Es importante mencionar que para la legislación europea son legítimas las situaciones oligopolísticas. La ley del Mercado Común intenta proteger, como mínimo, una competencia oligopolística. Por lo tanto, son incompatibles con el artículo 86 del Tratado de Roma las fusiones de empresas dominantes cuando dichas fusiones conlleven a una situación monopólica del mercado. Se entiende que el monopolio, como concentración absoluta, no es lícito por cuanto impide el funcionamiento de una competencia, y tiene el riesgo de coartar la libertad de elección y acción de los consumidores, fabricantes y compradores¹²⁹.

Y se protege la competencia oligopolística, porque existe interés en incentivar la conformación de grandes unidades empresariales y favorecer la concentración económica intracomunitaria para así poder afrontar la competencia con empresas

¹²⁹ ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo, citando a Luis María Miranda Serrano. Op. cit, p. 126.

norteamericanas y japonesas en el mercado común. Así se dijo en el Preámbulo del "Mémorandum sobre los problemas de la concentración en el Mercado Común" de 1965¹³⁰.

"El mercado común exige empresas de talla europea, a fin de que las ventajas de producción en masa y de investigación científica y técnica aprovechen sin restricción a ciento ochenta millones de consumidores. Numerosas empresas europeas tendrán, pues, que adaptarse por el crecimiento interno o por fusión con otras firmas a un mercado más vasto. El refuerzo de su capacidad competitiva les será igualmente beneficioso en la competencia internacional con las grandes empresas de terceros países".

Bajo este entendido, se abusa de la posición dominante cuando la concentración deja de ser benéfica para la competencia y se vuelve peligrosa, pues la termina eliminando. Esto es, cuando la concentración empresarial reduzca el número de competidores a un nivel inferior al necesario para el funcionamiento de la economía de mercado (restricción de la competencia).

La conducta por parte de una empresa con posición dominante que tiene el efecto de poner en peligro el mantenimiento de la competencia existente en el mercado, o el incremento de tal competencia. Esta conducta puede tratarse de alguna de

¹³⁰ Ibid., p. 125.

las descritas en los literales a) al d) del artículo 86. Estos son, por ejemplo los precios predatorios, las ventas atadas, la discriminación horizontal y vertical, etc.

La sanción al abuso de la posición dominante en el derecho comunitario exige que la conducta de la empresa con posición dominante perjudique a los competidores o consumidores y que el comercio comunitario se vea afectado con la conducta abusiva.

9.1.4. En el derecho latinoamericano.

9.1.4.1. Perú. El Decreto Legislativo N° 701 de 1991 en su artículo 5° establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando *“actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”*.

Por su parte, el profesor Alfredo Bullard dice que existe actuación indebida (abuso) cuando la conducta realizada por la empresa con posición de dominio rompa con lo que puede considerarse una competencia leal y libre basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor¹³¹.

¹³¹ BULLARD, Alfredo. Op. cit, p. 23.

9.1.4.2. Venezuela. Procompetencia ha dicho que en Venezuela el abuso de la posición de dominio se comete por las empresas cuando estas ejerzan las conductas o prácticas de explotación con la intención de obtener beneficios extraordinarios en perjuicio del resto de sus competidores. Las prácticas de explotación son, por ejemplo, la fijación de precios monopolísticos, la discriminación de precios, las ventas atadas, y las negativas a negociar¹³².

Se desprende de este concepto la necesidad de un perjuicio potencial a los competidores.

9.1.4.3. Argentina. El artículo 1 de la Ley 25.156 - Ley de Defensa de la Competencia dice que están prohibidos y serán sancionados por esta ley los actos y conductas, relacionados con la producción en intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de la posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés general.

Se observa que el perjuicio es un elemento del abuso. Según esta ley la conducta se castigará si es apta para causar un perjuicio al interés económico general (la conducta debe ocasionar un daño actual o potencial).

¹³² VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. Op. cit., p. 5.

10. DE LA PRUEBA DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE.

En Colombia existe consagración legal de presunciones de abuso de la posición dominante en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992¹³³.

En este evento la prueba del abuso consiste en enmarcar la conducta dentro de los siguientes supuestos que consagra el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y que se presumen como abuso de la posición dominante:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.
2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.
3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes a 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 aquél en que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

Es así que una vez probada la posición de dominio de la empresa y enmarcada la conducta de ésta dentro uno de los supuestos enumerados, se presumirá el abuso de la posición dominante.

No obstante, esto no significa que otras conductas no enumeradas en este artículo no sean objeto de sanción cuando resulten abusivas. Este artículo únicamente consagra ciertas presunciones de abuso de posición dominante, que no deben entenderse como taxativas. Si se encuentra que la empresa con posición dominante está realizando una conducta que no se puede enmarcar dentro de las enumeradas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, pero que vulnere los principios y las normas que protegen la libre competencia, se requerirían las

¹³³ También se consagran presunciones de abuso de la posición dominante en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994, las cuales no se analizarán en este trabajo.

siguientes pruebas: (i) Prueba de la posición de dominio de la empresa. (ii) Prueba de la conducta realizada por la empresa. (iii) Prueba de el carácter abusivo de la conducta - violación de principios y normas que protegen la libre competencia.

Las conductas que no enmarquen dentro de alguno de los supuestos del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 se sancionarán bajo la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que dice:

“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 los precios inequitativos”

Y bajo la prohibición del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 que establece lo siguiente:

En los términos de la ley 155 de 1959 y el presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, los cuales, en términos del Código Civil se consideran de objeto ilícito.

Sección II

Ejercicio abusivo de la posición de dominio a través de precios predatorios.

En este capítulo se hace una breve explicación de los diferentes conceptos que inciden en la decisión de producción por parte de las empresas. Se estudian los conceptos de ingresos, costos, utilidades, producción, maximización de utilidades, minimización de costos, el corto y el largo plazo, etc. Luego se estudian los costos de producción en concreto y sus diferentes clases. Y finalmente, los costos a corto plazo y a largo plazo y las economías y deseconomías de escala. La idea es dar al lector las bases de la economía de empresa, que se desarrollan y aplican en el análisis de la conducta de precios predatorios. La bibliografía es tomada de varios libros de economía y microeconomía y se trata únicamente de un resumen de la teoría microeconómica de los costos y la producción.

Una vez explicados los conceptos económicos, se estudia en concreto a los precios predatorios como modalidad de abuso de la posición dominante y sus excepciones tanto en la legislación nacional, como en la extranjera. Se analiza el concepto de precios predatorios bajo las distintas legislaciones, se hace una descripción de la conducta, y las dificultades que genera su correcta definición. Se mencionan las diferentes corrientes sobre la posibilidad de existencia de la conducta y su control.

Luego se analizan los elementos de los precios predatorios y los diferentes requisitos para su existencia. Y se exponen los métodos de evaluación, que han propuesto los diferentes tratadistas para el tratamiento que las autoridades encargadas de vigilar las normas sobre competencia deben darle a la conducta de precios predatorios. En este punto se analizarán varias propuestas mundiales y sus diferentes implicaciones económicas.

Finalmente, se resumen varios fallos, proferidos por las distintas cortes y autoridades mundiales, relacionados con la conducta de precios predatorios.

11. ALGUNOS CONCEPTOS ECONÓMICOS

Para mejor entendimiento de los precios predatorios, considero importante precisar, previo desarrollo del tema, algunos conceptos económicos que serán utilizados a lo largo de toda la sección. Son conceptos relacionados con el funcionamiento de una empresa y las consideraciones económicas que tienen los empresarios al momento de tomar decisiones.

Se estudiará principalmente en el concepto de costos, sus diferentes clases y su relevancia en la maximización del beneficio del empresario. Una breve referencia a ellos es indispensable para el entendimiento de la conducta de precios predatorios, que consiste en la disminución de precios por debajo de los costos con objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

11.1. EL OBJETIVO DE LA EMPRESA

En principio puede decirse, como argumento no discutido, que una empresa mercantil realiza siempre sus negocios con el objeto de maximizar beneficios (esto es, hacer dinero).

En efecto, como lo dice Homero Cuevas¹³⁴, el objetivo de la asignación productiva de los recursos en una economía capitalista es la obtención de la máxima ganancia. Por lo tanto, en una economía capitalista, toda asignación de recursos para la producción debe arrojar una ganancia positiva (utilidad) y nunca habrá una asignación de recursos que arroje una ganancia negativa (pérdida) o nula. Lo anterior significa que el precio de todo producto debe ser suficiente para cubrir los costos del capitalista y rendir una determinada ganancia. De ahí que el precio de venta debe ser igual a los costos más la ganancia.

Al elaborar su plan de producción, el empresario debe determinar cuánto va a producir de acuerdo con las proyecciones de demanda de su producto y las estimaciones de costos y así calcular las ganancias que obtendrá por las ventas. Una variación en el nivel de producción afecta tanto los costos de producción, como los ingresos obtenidos por las ventas. Por lo tanto, es el nivel de producción de la empresa el que refleja las ganancias, bajo los criterios de maximización de ganancias y minimización de costos de producción.

11.2. LA MAXIMIZACIÓN DE GANANCIAS

Los ingresos, los costos y las utilidades son los componentes más importantes en una economía de empresa, y los que permiten a un empresario saber cómo va su negocio y si está logrando su objetivo de maximizar ganancias.

¹³⁴ CUEVAS, Homero. Op. cit, p. 45.

El ingreso de una empresa es el monto que recibe por la venta de bienes y servicios en un determinado periodo de tiempo. Los costos son los gastos en que incurre una empresa para la producción bienes y servicios durante un determinado periodo de tiempo. Y las ganancias son lo que resulta de los ingresos menos los costos¹³⁵. Si los ingresos sobrepasan los costos de producción, este margen de diferencia será la ganancia positiva. Y si los costos sobrepasan los ingresos tendremos ganancia negativa o pérdida.

La maximización de los beneficios se determina con el análisis de cada posibilidad de nivel de producción. Para esto se requiere conocer los ingresos que se reciben y los costos en que se incurre, por cada nivel de producción. De aquí se calculan las utilidades y se escoge el nivel de producción que brinde más beneficios, esto es, el que maximice las utilidades económicas totales. Las utilidades, como lo vimos, están dadas por lo que resulta de los ingresos menos los costos de producción.

11.3. SOBRE LA PRODUCCIÓN

Para la fabricación de productos la empresa requiere factores de producción, que son los bienes o servicios utilizados en la producción de otros bienes.

¹³⁵ BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op. cit, p. 97.

Los factores de producción suelen clasificarse en las siguientes grandes categorías: Tierra, Capital y Trabajo. Y se han organizado por algunos economistas¹³⁶ así:

Los recursos materiales, que son la tierra y el capital. El factor tierra está compuesto por los recursos naturales, como son la tierra, el agua, los minerales, la madera; y el factor capital está compuesto por recursos producidos, como son las herramientas, las fábricas, las máquinas; y

Los recursos humanos, son el trabajo y el factor empresarial. El factor trabajo se refiere a los esfuerzos físicos y mentales de los trabajadores y los profesionales; y el factor empresarial o función del empresario se refiere a la organización de los tres factores de producción antes mencionados.

Entenderemos a los factores de producción como costos de la empresa, por cuanto ésta deberá pagar un precio por ellos, para la producción de los bienes y servicios. La idea de todo empresario es la optimización en la utilización de estos factores de producción, de tal manera que no haya desperdicio.

Para obtener este resultado se analiza la función de producción, que dice la producción máxima que puede obtenerse con la utilización de una determinada

¹³⁶ SPENCER, Milton H. Op. cit, p. 11 y ss.

cantidad de factores de producción. La función de producción se define como la relación existente entre el número de unidades de factores de producción que la empresa emplea y las correspondientes unidades de producto producido.

La función de producción mide la eficiencia tecnológica de los métodos de combinación de los diferentes factores para la producción de bienes y servicios. Un método de producción es ineficiente si para producir determinada producción utiliza más factores de producción y no menos de otros factores, a los que utiliza otro método de producción utilizado para la misma producción¹³⁷.

Una técnica de producción es un método particular de combinación de los factores para la producción de un determinado producto. La técnica de producción nos dice el grado de intensidad con que se utiliza un factor para la elaboración de un producto (hay empresas que usan más de un factor que de otro en la producción). La labor del empresario, para cumplir con su objetivo de maximizar ganancias, es encontrar o idear la técnica de fabricación del producto con la utilización de la menor cantidad de factores, para así minimizar costos¹³⁸.

11.3.1. La ley de los rendimientos marginales decrecientes. Debe precisarse que las utilidades a un nivel de producción creciente no son estáticas, sino que

¹³⁷ Por ejemplo, el método de producción será ineficiente si para producir 1 par de zapatos utilizo 2 horas de trabajo y una hora de maquinaria y el método B utiliza 1 hora de trabajo y 1 hora de maquinaria.

¹³⁸ Los costos son las opciones de las técnicas de producción. Pues los costos determinan el precio que la empresa paga por los factores de producción.

tienden a decrecer con el paso del tiempo. Esto obedece a la llamada ley de los rendimientos marginales decrecientes, descubierta por el economista clásico inglés David Ricardo en 1815.

Esta ley dice que a un nivel tecnológico constante, la adición de un factor de producción variable¹³⁹, manteniendo los demás factores de producción fijos, se traducirá, eventualmente, en rendimientos marginales decrecientes por unidad de factor variable añadido¹⁴⁰.

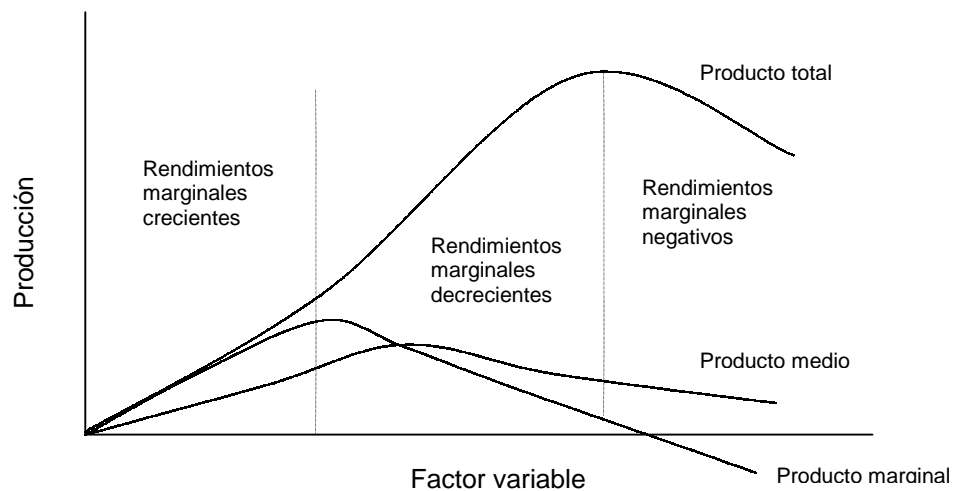
Esta ley se puede explicar con un sencillo ejemplo: Una empresa tiene un solo trabajador para la elaboración de calzado y este trabajador confecciona 4 pares de zapatos diarios. Si la empresa contrata un segundo trabajador que ayude al primero, seguramente se obtendrá un incremento en la producción, pues entre los dos podrían confeccionar 8 pares de zapatos al día. Y si se contrata a un tercer trabajador, incrementaría la producción de la empresa aún más. Sin embargo, llegará un punto en el cual, si la empresa sigue contratando trabajadores, éstos seguramente no van a caber en el establecimiento y no tendrán puestos propios de trabajo, por lo que el producto marginal de cada trabajador (número de zapatos por trabajador) empezará a bajar o decrecer. Cuando esto sucede, se dice que hay una disminución en las ganancias por el factor trabajo (rendimiento marginal decreciente).

¹³⁹ factor variable es aquél que puede utilizarse en cantidades diferentes.

¹⁴⁰ SPENCER, Milton H. Op. cit. p. 433.

Esto quiere decir, que a partir de cierta cantidad de factor de producción variable (trabajo o capital), la adición de ese factor de producción variable va a hacer que ocurra un decrecimiento marginal del producto. El producto marginal de un factor de producción variable (número de zapatos por trabajador) es el incremento en la producción que se obtiene por la adición de una unidad de ese factor variable (trabajo), manteniendo constante la cantidad de todos los demás factores¹⁴¹.

Figura 4. Curva de rendimientos marginales decrecientes



Tomado de SPENCER, Milton H. Op. cit. p. 433.

Entonces, el empresario deberá escoger el número o volumen de factor variable que maximice su producción marginal, esto es, en el punto de cruce entre las curvas de producto medio y producto marginal (y).

¹⁴¹ BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op. cit. p. 123.

11.4. EL CORTO PLAZO Y EL LARGO PLAZO

Al hablar de corto plazo y largo plazo se hace referencia al tiempo necesario para que los empresarios adapten sus factores de producción frente un cambio en las condiciones de mercado¹⁴², sin considerar cuánto tiempo puede durar esta adaptación o ajuste.

11.4.1. El largo plazo. Por largo plazo se entiende el periodo de tiempo (lo suficientemente largo) durante el cual la empresa puede ajustar todos sus factores de producción frente a un cambio en las condiciones del mercado. Se puede cambiar por lo tanto el tamaño y capacidad de la fábrica, las técnicas de producción, la contratación laboral, los contratos de suministro, de distribución, etc.

Como en el largo plazo la empresa puede variar no sólo su producción, sino también la capacidad de su planta, todos los costos de la empresa serán variables. Para cada tamaño de la planta, o nivel de producción, existe una estructura de costos diferente. Por lo tanto, hay infinitas curvas de costos de acuerdo a los infinitos niveles de producción o tamaños posibles de la planta.

¹⁴² Un cambio en las condiciones de mercado puede ser un cambio en la demanda o en la oferta del producto, en los precios de los factores de producción, los cambios de tendencias en la moda, etc.

El nivel óptimo de producción será el que arroje los menores costos medios totales a largo plazo y ese será el tamaño óptimo de la planta.

11.4.2. El corto plazo. Por corto plazo se entiende el periodo de tiempo durante el cual la empresa sólo puede hacer ajustes parciales de sus factores de producción frente a un cambio en las condiciones de mercado. Es el periodo durante el cual una empresa puede variar su producción mediante el empleo más o menos intensivo de sus recursos. Sin embargo no puede variar su capacidad, porque tiene una planta de dimensión fija¹⁴³.

Como existen factores de producción que no se pueden modificar, en el corto plazo existen costos fijos para la empresa. Sin embargo, tiene también costos variables y en la medida en que la empresa tenga más costos variables, va a tener mayor flexibilidad de ajuste a un cambio en las condiciones de mercado.

En el corto plazo la empresa tiene factores fijos, que son aquellos cuya cantidad no se puede variar (en el corto plazo). Y la existencia de estos factores fijos tiene dos implicaciones para la empresa:

- Existen costos fijos, que son los que no varían con el nivel de producción, son los que se mantienen, así la producción sea cero (0).

¹⁴³ SPENCER, Milton H., Op. cit, p. 432.

- En el corto plazo la empresa no puede hacer todos los ajustes que quisiera, entonces los costos de producción de corto plazo de la empresa serán diferentes a los de largo plazo, serán mayores que éstos.

La determinación del plazo va a depender de la industria: la construcción de una estación de producción o de una gran fábrica puede durar 10 años, sin embargo, la apertura de un restaurante puede tardar tan solo unos cuantos meses.

11.5. LOS COSTOS DE PRODUCCIÓN EN CONCRETO

El término costos no tiene un significado preciso ni claro, y las diferentes ciencias (ingeniería, contabilidad, economía, etc.) utilizan diferentes conceptos de costos en la resolución de sus problemas. Spencer dice que existe un significado común a todos los tipos de costos y es el siguiente:

Costo puede definirse como el sacrificio que debe realizarse para hacer o adquirir algo. Lo que se sacrifica puede ser dinero, bienes, ocio, seguridad, prestigio poder o placer¹⁴⁴.

Según la ciencia económica, las empresas tienen diferentes clases de costos, que están relacionados con diversos aspectos.

¹⁴⁴ Ibid., p. 430 y 55.

11.5.1. Las diferentes clases de costos

11.5.1.1. Los costos fijos y los costos variables. Los costos fijos son aquellos costos que no varían con el nivel de producción de la empresa. Son los que deben pagarse siempre, así la empresa produzca o no. Son por ejemplo los pagos de arrendamiento de la oficina, pago de impuestos sobre la propiedad, pago de teléfonos, etc.

Y los costos variables son los costos que varían directamente con el nivel de producción de la empresa, aumentando a medida que aumenta la producción. Son ejemplos de ellos los pagos por materias primas, pagos laborales, el combustible, la energía, etc.

Como lo vimos en el punto anterior, en el largo plazo no existen costos fijos, por cuanto el empresario tiene la posibilidad ajustar todos sus factores de producción frente al cambio de las condiciones de mercado. Esto significa que los costos fijos son un concepto exclusivo para el corto plazo. En el largo plazo todos los costos son variables. En el corto plazo tenemos costos fijos y costos variables.

11.5.1.2. Los costos totales. Los costos totales incluyen todos los costos y son la suma de los costos fijos y de los costos variables de una empresa.

El costo total siempre aumenta a medida que la producción aumenta. La razón es simple: a mayor producción se requiere de más materiales, mano de obra, energía y de otros recursos variables.

También se habla de costos fijos totales y costos variables totales, que son la sumatoria de todos los costos fijos y todos los costos variables, respectivamente.

11.5.1.3. Los costos medios. Los costos medios son los costos unitarios o por unidad de producción. Son el promedio de determinado costo, tal como el fijo, el variable o el total.

El costo fijo medio es igual al costo fijo de la empresa dividido por la cantidad producida (costo fijo por unidad de producción):

$$\text{Costo fijo medio} = \frac{\text{Costo fijo}}{\text{Cantidad producida}}$$

El costo variable medio es igual al costo variable medio dividido por la cantidad producida (costo variable por unidad de producción):

$$\text{Costo variable medio} = \frac{\text{Costo variable}}{\text{Cantidad producida}}$$

Y el costo total medio es igual al costo total de la empresa dividido por la cantidad producida (costo total por unidad de producción). También puede entenderse como la suma del costo fijo medio y del costo variable medio:

$$\text{Costo total medio} = \frac{\text{Costo total}}{\text{Cantidad producida}}; \quad \text{o también}$$
$$\text{Costo total medio} = \text{Costo fijo medio} + \text{Costo variable medio.}$$

11.5.1.4. Los costos marginales. El costo marginal es el costo de producir una unidad adicional, es la variación que experimenta el costo total cuando se altera el nivel de producción en una unidad¹⁴⁵:

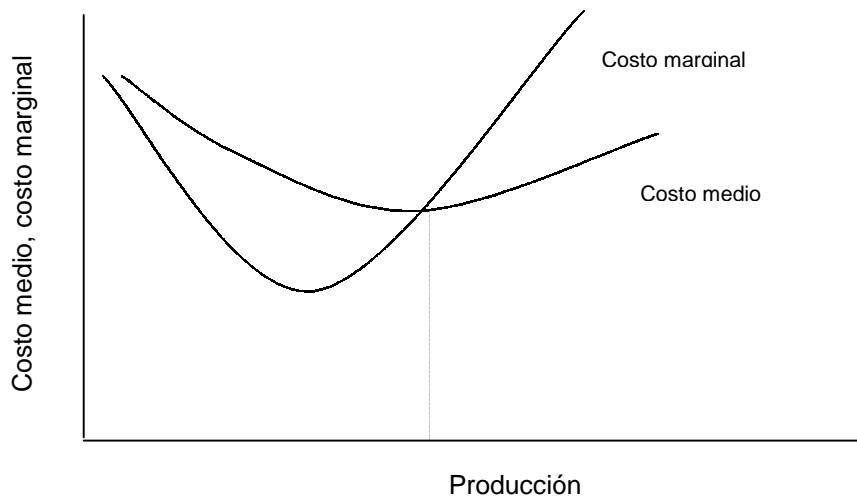
$$\text{Costo marginal} = \frac{\text{Variación en el costo total}}{\text{Variación en la cantidad producida}}$$

Por costo marginal se entiende también la variación en el costo variable total resultante de un cambio unitario en una cantidad. La razón es que el costo total varía en razón a que los costos variables totales cambian, mientras que el costo fijo total permanece constante.

¹⁴⁵ VARIAN, Hal R. Op. cit, p. 361.

11.5.2. La relación entre el costo medio y el costo marginal. El comportamiento del costo medio y del costo marginal está íntimamente relacionado, se ve lo siguiente:

Figura 5. Curva de costo medio y costo marginal



Tomado de: BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op.cit. p. 120.

- El costo medio baja cuando el costo marginal es menor al costo medio.
- El costo medio sube cuando el costo marginal es mayor al costo medio.
- El costo medio está en su mínimo, en el nivel de producción en donde el costo medio y el costo marginal se cruzan (baja el promedio).
- Cuando el costo medio y el costo marginal son iguales, al aumentar una unidad en la producción, no cambia el costo medio.

El punto de cruce -cuando los costos medios son los mínimos-, marca el nivel de producción ideal, pues los costos de producción son los mínimos. Esto se predica de los costos medios y los costos marginales tanto en el corto plazo como en el largo plazo.

Spencer da un sencillo ejemplo para explicar esta relación: Si a una clase de estudiantes agregamos un estudiante extra ("marginal"), cuya edad está por encima de la edad promedio de la clase, el promedio de edad aumentará. Si agregamos un estudiante cuya edad es inferior al promedio de la clase, el promedio disminuirá, y si agregamos un estudiante cuya edad es igual a la edad promedio, el promedio de edad de la clase permanecerá constante¹⁴⁶.

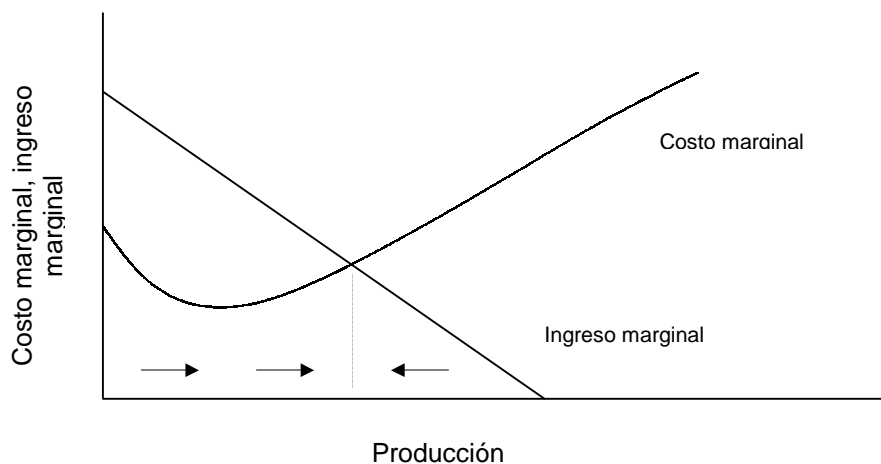
11.5.3. La relación entre los costos y los ingresos. Existe una estrecha relación entre los costos y los ingresos al momento de determinar el nivel de producción de la empresa. En efecto, el costo marginal y el ingreso marginal se utilizan para calcular el nivel de producción que maximiza las utilidades. Se ve cómo la producción de una unidad adicional afecta las utilidades.

En palabras sencillas el costo marginal es lo que le cuesta a la empresa producir una unidad adicional y el ingreso marginal es lo que recibe la empresa por producir una unidad adicional.

¹⁴⁶ Spencer, Milton H. Op. cit, págs. 430 y 55.

El ingreso marginal y el costo marginal son utilizados por el empresario para determinar el nivel de producción de la empresa, y cumplir con el objeto de maximizar ganancias, así: Si el ingreso marginal sobrepasa el costo marginal, la producción de una unidad adicional aumentará las utilidades. Por el contrario, si el costo marginal sobrepasa el ingreso marginal, cada unidad adicional reducirá las utilidades de la empresa, por lo que ésta deberá reducir la producción hasta el punto en que el ingreso marginal y el costo marginal sean iguales.

Figura 6. Curva de costo marginal e ingreso marginal



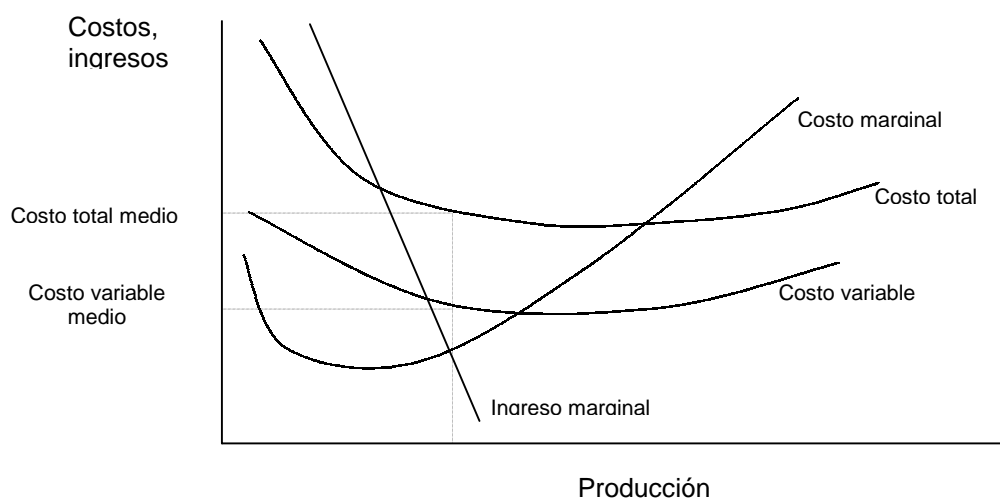
Tomado de: BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op. cit. p. 109.

Como regla de la producción puede decirse que en la búsqueda de la maximización de utilidades, la empresa debe expandir su producción hasta el punto en que el ingreso marginal exceda al costo marginal, pero debe detener esta expansión en el punto donde el costo marginal exceda el ingreso marginal. Esto

es, la maximización de la producción se tiene cuando el costo marginal iguale el ingreso marginal¹⁴⁷.

A partir de este análisis, la determinación del precio del producto se basa en la escogencia del nivel de producción de acuerdo a la minimización de costos:

Figura 7. Curva de decisión de producción en el corto plazo



Tomado de: BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op.cit. p. 107.

El punto óptimo de producción es donde el costo marginal es igual al ingreso marginal (y^*). Y como lo vimos, a cada nivel de producción le corresponde un nivel de costos totales. Por lo tanto y^* se refleja sobre la curva de costo medio total y este es el precio (p^*) que cubre todos los costos por unidad de producción, y a partir del cual la empresa obtendrá ganancias.

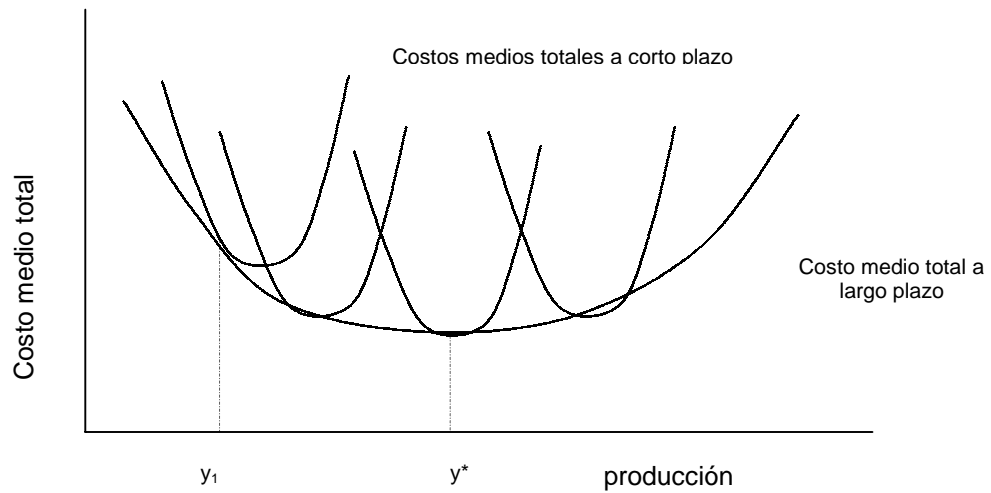
¹⁴⁷ BEGG, David; FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Op. cit, p. 108.

Al reflejar y^* sobre la curva de costos medios variables, se obtiene el precio (p_2) que cubre exclusivamente los costos medios variables. Así que, si el precio se encuentra entre p^* y p_2 la empresa producirá y^* cubriendo parcialmente sus costos fijos y la totalidad de los variables (estará perdiendo). Si el precio se encuentra por debajo de p_2 , la empresa no está cubriendo siquiera sus costos variables.

11.5.4. Los costos a corto plazo y a largo plazo. En general, hay utilidades cuando el precio al cual se vende la producción cubre el costo medio total (esto es el costo por unidad de producción). Si la empresa vende a un precio por encima del costo medio total está generando utilidades. Si, por el contrario el precio es menor al costo medio total, la empresa estará perdiendo dinero.

No obstante, si en el corto plazo se vende por debajo del costo medio total y la empresa está incurriendo en pérdidas, es posible remediar esta situación en el largo plazo adecuando los factores de producción, de tal manera que permitan a la empresa situarse en el punto mínimo de la curva de costos medios a largo plazo.

Figura 8. Curva de planificación de costos a largo plazo



Tomado de: VARIAN. Hal. R. Op.cit. p. 369.

En el largo plazo los costos siempre serán menores que en el corto plazo, por cuanto la empresa no tiene costos fijos. Se buscará entonces el nivel de producción óptimo que minimice los costos medios totales (y^*). El análisis de la curva de costo medio total a largo plazo permite ver cuál es el costo mínimo de producción para cada nivel de producción cuando todos los factores pueden cambiarse libremente.

Pero, debido a que la empresa en el corto plazo tiene ciertos costos fijos, la decisión del empresario se basará en la comparación de las posibles pérdidas de acuerdo al precio del producto¹⁴⁸: (i) Si es mayor el costo de continuar produciendo a pérdida en el corto plazo, con la expectativa de reducir sus costos

¹⁴⁸ Ibid., p. 129.

en el largo plazo para convertir esta pérdida a corto plazo en una ganancia a largo plazo, o (ii) Si es mayor el costo de detener la producción¹⁴⁹.

Si el precio está ubicado entre el costo medio variable y el costo medio total, la empresa está incurriendo en pérdidas. Sin embargo, al estar cubriendo al menos sus costos variables y parte de los fijos, le es recomendable continuar produciendo a la espera de reducir sus costos en el largo plazo.

Por el contrario, es lógico que si la empresa está vendiendo a un precio por debajo de los costos variables, detenga la producción.

11.6. LAS ECONOMÍAS Y DESECONOMÍAS DE ESCALA.

Las economías de escala resultan indispensables en el análisis de costos de una empresa y están relacionadas con el tamaño de la empresa, en función de su producción.

Como lo vimos anteriormente, la decisión sobre el nivel de producción de la empresa es lo que le permite al empresario maximizar sus ganancias. Y los efectos del aumento en la producción de una empresa en el largo plazo se describen en las llamadas economías y deseconomías de escala, que son las

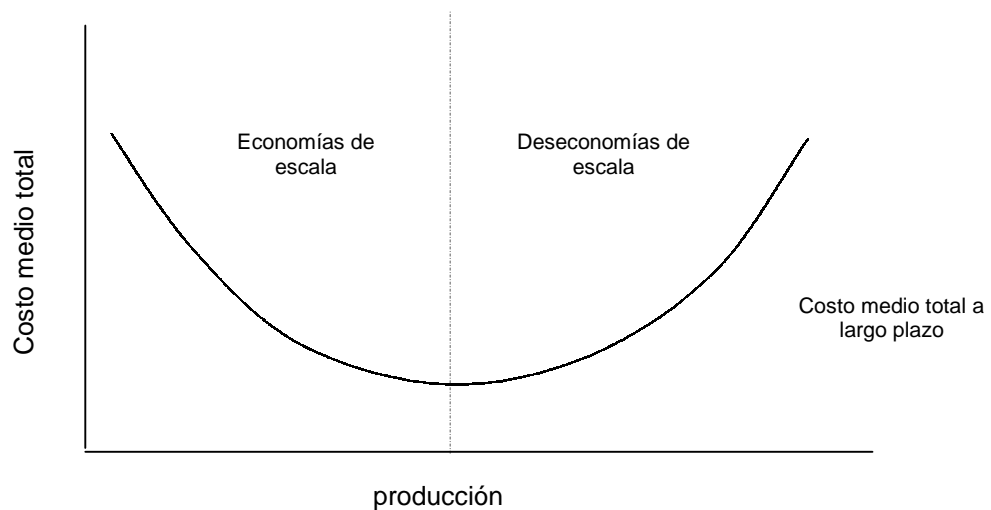
¹⁴⁹ Aún con una producción nula (cero), la empresa debe pagar costos fijos.

disminuciones y los aumentos de los costos medios a largo plazo de una empresa, a medida que aumenta la producción (o dimensión de la planta).

En las economías de escala los costos medios totales de largo plazo decrecen a medida que la producción aumenta y por lo tanto aumentan los beneficios o ganancias.

Y en las deseconomías de escala aumentan los costos medios a largo plazo a medida que aumenta la producción, y por lo tanto disminuyen los beneficios.

Figura 8. La economías y deseconomías de escala



Las explicaciones económicas de las economías de escala son las siguientes:

- La indivisibilidad en el proceso de producción, que nos dice de la cantidad mínima de insumos requeridos por la empresa para estar en el negocio, estos

son los llamados costos fijos, que no varían con el nivel de producción (pagos a secretaria, oficina, teléfono, etc.). Y son economías de escala, porque no aumentan cuando se incrementa el nivel de producción, por lo que reducen los costos medios.

- Especialización de los recursos, que se refieren a las líneas de producción. Se trata de la especialización en la producción, de la división de tareas y trabajo, que arrojan mejores resultados: más producción en cantidad y con menor inversión de recursos.
- Mejora en la maquinaria. Se refiere a la sofisticación y utilización eficiente de los equipos.
- La reducción de los costos unitarios de los factores de producción. A medida que aumenta el tamaño de la empresa se hace necesaria la compra de un mayor volumen de factores de producción, y estas grandes "compras" conllevan generalmente descuentos y rebajas por parte de sus proveedores.

Las diseconomías de escala se caracterizan porque a medida que la empresa crece, se más difícil de manejar por problemas de burocratización y coordinación entre las directivas de la empresa. Todo esto hace que los costos se incrementen.

Las condiciones o forma de la curva de costo medio a largo plazo de una empresa va a depender de cuánto persistan las economías de escala y qué tan rápido vayan a llegar las deseconomías de escala estando en aumento la producción. Estas condiciones varían de industria a industria y de empresa a empresa.

12. QUÉ SON PRECIOS PREDATORIOS

12.1. SON UNA MODALIDAD DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

La doctrina y la legislación, en general, reconocen a los precios predatorios como una modalidad de abuso de la posición dominante. En efecto, como lo veremos adelante, un número importante de legislaciones lo contemplan así.

La razón de este postulado es clara: Los precios predatorios sólo pueden ocurrir en un mercado de competencia imperfecta donde exista una empresa con posición dominante. En este caso, el poder de mercado se traduce en la capacidad de la empresa para afectar unilateralmente los precios, manteniéndolos por debajo del nivel de precios competitivo por un período suficiente, que obligue a los competidores a salir del mercado y luego, aumentar estos precios a un nivel monopolístico, que le permita recuperar las pérdidas incurridas durante la práctica.

En principio, puede decirse que una empresa que vende a pérdida (precios por debajo de costos) se aparta del objetivo de cualquier empresa capitalista: la maximización de ganancias. Sin embargo, los precios predatorios tienen una razón que justifica económicamente la conducta: el objetivo de la empresa es maximizar ganancias en el largo plazo: Una vez acabe con la competencia en el

mercado, venderá su producto a precio monopolístico. Y el cobro de éste precio sólo puede ser realizado por una empresa con posición dominante que determine las condiciones del mercado, esto es, los precios y las condiciones de venta de los productos y servicios.

12.1.1. Bajo la ley colombiana. De acuerdo con el numeral 1° del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 los precios predatorios son una modalidad de abuso de la posición dominante. En efecto, se presume el abuso de la posición dominante cuando la empresa cobra precios predatorios. Dice este artículo:

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

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

Sin embargo, esta regla no es absoluta. La Ley 142 de 1994 (Ley de servicios públicos domiciliarios) no consagra a los precios predatorios como una forma de abuso de la posición dominante. Es más, no se hace necesario tener una posición dominante en el mercado para poder ejercer la conducta de precios predatorios.

Afirmo lo anterior a pesar de que la Ley 142 de 1994 establece que toda empresa de servicios públicos tiene posición dominante respecto a sus usuarios (artículo 14.13), pues la conducta de precios predatorios - en primera instancia - va dirigida contra los competidores, y no contra los usuarios. Es más, en un principio los usuarios se verán beneficiados por la práctica, pues pagarán un precio menor al precio que pagarían en un mercado competitivo.

El artículo 98 de la Ley 142 de 1994 consagra la prohibición de aplicación de tarifas predatorias para todas las empresas prestadoras de servicios públicos, así:

“Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

Como lo afirma el profesor Miranda, el estar desligadas las prácticas predatorias del abuso de la posición dominante en el sector de los servicios públicos domiciliarios, implica una importante contradicción con el régimen general de la competencia¹⁵⁰.

12.1.2. Bajo la legislación de los diferentes países. En la legislación mundial existen diferentes corrientes: Hay legislaciones que consagran una presunción de abuso de posición dominante por cobro de precios predatorios. Existen otras, que si bien no consagran presunciones, exigen que la empresa tenga posición de dominio o poder de mercado para castigar una practica de precios predatorios y, hay legislaciones que consagran a esta conducta como un acto de competencia desleal. Veamos:

Dentro de las legislaciones que consagran una presunción de abuso de la posición dominante por la aplicación de precios predatorios se encuentran las legislaciones de la Comunidad Económica Europea (Artículo 86 N° 1 del Tratado de Roma), de Canadá (Section 50 and 51 of the Competition Act), de Finlandia (Act on Restrictive Business Practices), de Alemania (Act Against Restraints of

¹⁵⁰ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho a la competencia en la ley de servicios públicos domiciliarios. En : _____. Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III: compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999, p. 99. (Colección Seminarios N° 10).

Competition ARC), de Francia (artículo 8 de la Ley 73 - 1993), y de Portugal (Ley 422 de 1983), entre otras¹⁵¹.

Y dentro de las legislaciones que, aunque no consagren una presunción legal de abuso de posición dominante, exigen que la conducta sea ejercida por una empresa con poder de mercado o con posición dominante en el mercado encontramos a las siguientes:

Australia y Nueva Zelanda: La legislación en Australia no consagra expresamente la conducta, pero prohíbe a las empresas con poder sustancial de mercado, aprovecharse de ese poder con el propósito de eliminar o dañar a un competidor, o prevenir la entrada al mercado (Section 46 of the Trade Practices Act), al igual que en Nueva Zelanda (Section 36 of the Commerce Act)¹⁵².

En Perú no hay prohibición expresa de la conducta, y se castiga por la norma general de protección a la competencia bajo el entendido que la firma tenga posición dominante en el mercado (Decreto Legislativo N° 701 de 1991). Esta misma situación se da en Venezuela (Ley para Promover el Ejercicio de la Libre Competencia de 1991). Por su parte, la ley argentina no describe a los precios predatorios como una modalidad de abuso de la posición dominante, pero la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor exige que la empresa

¹⁵¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Predatory pricing. OECD, 1989, p. 32-34 y 38. Disponible en internet: www.oecd.org/daf/clp/competition_analysis.htm

¹⁵² Ibid., p. 29 y 37.

tenga posición dominante en el mercado para imponer una sanción (Artículo 2 literal m) de la Ley 25.156 - Ley de Defensa de la Competencia).

En los Estados Unidos de Norteamérica se sanciona esta práctica bajo el artículo 2 de la "Sherman Act" y bajo el artículo 2(a) de la "Clayton Act". Y se ha establecido por las diferentes Cortes que el poder de mercado de la empresa es necesario para que la conducta sea sancionada.

Finalmente, en Suiza, los precios predatorios se sancionan como un acto de competencia desleal y no como una práctica restrictiva de la competencia (Federal Law on Unfair Competition and Law of Cartels and Similar Organizations).

12.2. QUÉ SE ENTIENDE POR PRECIOS PREDATORIOS

La definición de precios predatorios está contenida en el numeral 1° del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, así:

"La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar a uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos ."

Conforme a esta definición, se desprende que la conducta consta de dos elementos, a saber: (i) un elemento objetivo: la venta a precios por debajo de

costos y (ii) un elemento subjetivo: el objeto de eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos. Estos elementos los desarrollaremos en el punto N° 12.5 de este trabajo.

Se puede observar que las distintas definiciones dadas a los precios predatorios por parte de diferentes tratadistas y agencias estatales incluyen estos dos elementos.

Por ejemplo, Terry Calvani define a los precios predatorios como las ventas por debajo de costo que hace una empresa dominante por un largo periodo de tiempo con el propósito de sacar a los competidores del mercado¹⁵³.

La Comisión de INDECOPI de la República de Perú define los precios predatorios como *aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con al intención eliminar del mercado a uno o varios de los competidores.*¹⁵⁴"

La Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la República de Argentina definió a los precios predatorios como *aquellos precios que una empresa fija por debajo de sus costos para desplazar a sus competidores del*

¹⁵³ CALVANI, Terry. Predatory price and state below-cost sales statues in the United States: An analysis. Competition Bureau Industry Canada, 1999. Disponible en Internet: www.strategis.ic.gc.ca

¹⁵⁴ PERU. INDECOPI. Resolución N° 070/96. María del Carmen Molta Wendell vs. Proquinsa.

*mercado y así poder cobrar ulteriormente precios superiores a los de un mercado competitivo, recobrando la pérdida anterior"*¹⁵⁵

12.3. UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA

La conducta de precios predatorios puede describirse así: Una empresa con posición dominante en un mercado empieza a vender sus productos a un precio por debajo de sus costos (esto es a pérdida) durante un lapso de tiempo limitado, con el fin de excluir a uno o varios competidores del mercado o a evitar la entrada o expansión de éstos. La exclusión de los competidores se logra cuando la rebaja en los precios se da a un nivel en el cual éstos no pueden competir y se ven obligados a abandonar el mercado¹⁵⁶.

Una vez la empresa logre cumplir su propósito de acabar con la competencia y haya visto aumentar su propio poder y participación de mercado, elevará los precios de sus productos por encima del nivel de precios de un mercado competitivo (precio monopolístico) para recuperar los costos en que incurrió durante el periodo de la práctica de precios predatorios y ganar, en el largo plazo, unas utilidades extraordinarias.

¹⁵⁵ ARGENTINA. SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR. Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro S.A. Expediente N° 064-000962/97 (c.405).

¹⁵⁶ Como los competidores son más pequeños que la empresa y no tienen la capacidad de influir sobre los precios del mercado, deberán limitar su producción para perder menos dinero.

Bellamy y Child dicen que los precios predatorios se asocian con una política de precios de una empresa con posición dominante que tiene como objetivo la eliminación o debilitación de un competidor y que conlleva generalmente a realizar rebajas selectivas de precios a un nivel no rentable (a pérdida). Dicen que la política de precios debe estar "dirigida a" un competidor específico actual o potencial¹⁵⁷.

Por su parte el Robert Bork describe la conducta así:

*(...) es la agresión deliberada de una empresa contra uno o más competidores a través del uso de prácticas de negocios que no serían consideradas como dirigidas a maximizar utilidades, a excepción de que (i) Los competidores sean sacados del mercado, dejando al predador con una participación de mercado suficiente como para obtener ganancias monopolísticas, o (ii) Los competidores sean golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o amenazante"*¹⁵⁸.

La práctica de precios predatorios, asumiendo que la empresa con posición dominante y sus víctimas son igualmente eficientes, implica que tanto "el predador" como sus víctimas incurren en enormes pérdidas durante el desarrollo

¹⁵⁷ BELLAMY Christopher y GRAHAM Child. Op. cit, p. 537.

¹⁵⁸ BORK Robert. Op. cit, p. 145.

de la conducta. Para que la predación sea racional, el predador debe tener cierta expectativa de que las pérdidas actuales son una inversión para obtener ganancias monopólicas futuras. Por lo tanto, las ganancias futuras esperadas deberán superar las pérdidas actuales¹⁵⁹.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OECD) entiende a los precios predatorios como la conducta de corto plazo de una empresa que busca excluir a los competidores con bases diferentes a la eficiencia para proteger o adquirir poder de mercado.

La doctrina ha planteado, igualmente, que la estrategia de precios predatorios puede ser utilizada para rebajar el costo de adquisición de una empresa competidora, cuando quiere forzarse una fusión. En efecto, la empresa dominante, al amenazar a sus futuras víctimas con precios predatorios y creando una reputación notoria que intimide a otros competidores, obliga a salir a las empresas del mercado y a vender barato. Entonces, a través de precios predatorios se reducen los costos de adquisición de la empresa "víctima" y la empresa dominante compensa los costos de su conducta (precios predatorios) con la reducción del precio de adquisición de otra empresa. Como lo vimos, la reducción en el precio de adquisición de la empresa debe ser mucho mayor a las

¹⁵⁹ BORK Robert. Op. cit, p. 144. y ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 15.

pérdidas que ha sufrido la firma dominante durante el periodo de aplicación de los precios predatorios¹⁶⁰.

12.4. DIFICULTADES EN LA CORRECTA DEFINICIÓN DE LA CONDUCTA.

Como lo explica Phillip Areeda¹⁶¹, de la simple descripción de la conducta surge una dificultad para definirla por su objeto, pues la conducta tiene el mismo propósito que el de la libre y leal competencia, esto es, destruir o debilitar a un competidor, y prevalecer en el mercado relativo sobre los competidores.

Se está en busca de la definición de precios correctos y precios incorrectos. Son precios correctos los que responden a una "competencia por méritos", que es precisamente el objeto protegido por el derecho de la competencia. La competencia por méritos implica que la rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores esté basada en términos de eficiencia (esto es precios y calidad).

Por lo tanto, la labor de la autoridad que investiga la práctica consiste en distinguir un precio predatorio de un precio competitivo. Y resulta de vital importancia una correcta identificación de los precios predatorios:

¹⁶⁰ BURNS, Malcom, estudio del caso United States vs. American Tobacco 221 U.S. 106 (1911). Citado por ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 15.

¹⁶¹ AREEDA, Phillip. Antitrust analysis. Problems, text, cases. 2 ed. Boston: Little Brown and Company, 1974. p. 669.

Un precio que da ganancias o utilidades razonables no puede considerarse incorrecto aún en el caso en que acabe con los competidores, pues estamos frente a un supuesto de crecimiento interno de la empresa sustentado en una mayor eficiencia competitiva, posiblemente debido a las economías de escala. Cualquier otra conclusión puede tener el efecto de alentar el mantenimiento de precios altos y protección de la ineficiencia, pues se desincentivará a bajar los costos para ofrecer precios más competitivos y esto repercute en un daño al consumidor.

En el otro extremo, un precio persistente o permanente¹⁶² por debajo de costos debe ser considerado incorrecto, pues no puede tener un propósito legítimo, ni una justificación económica racional y el efecto necesario y la única intención de la empresa será la de destruir a competidores con igualdad de eficiencia pero con menos poder de mercado. Equivocarse en la identificación de un precio predatorio y considerarlo como competitivo puede alentar la concentración del mercado en el largo plazo y la fijación de precios monopolísticos.

Pero esta identificación es sumamente complicada. En efecto, una empresa multiproductiva está en capacidad de realizar con subsidios cruzados, precios predatorios en un producto para ganar utilidades en otros productos. Y los distintos precios en los diferentes mercados no pueden considerarse como

¹⁶² Ya que un bajo precio de corta duración puede justificarse como promoción, especialmente frente a un producto nuevo en el mercado.

evidencia concluyente de la predación, porque las condiciones de cada mercado son diferentes, cada mercado pide distintos precios.

Por otra parte, - aunque no es tema de este estudio - se ha dicho que una empresa dominante puede realizar una conducta predatoria, sin incurrir en precios predatorios. Esto es lo que en la teoría se ha llamado la "predación no basada en precios" (non-price predation), que consiste en la conducta de una empresa que tiene el objeto de elevar enormemente los costos de sus competidores, para sacarlos del mercado y luego monopolizarlo. Un ejemplo de esta clase de predación son las denuncias administrativas o demandas judiciales temerarias¹⁶³.

Debe tenerse en claro que el peligro de los precios predatorios es el daño a la libre competencia. El mal que se trata de evitar y la razón de la prohibición de la conducta es que luego de que la predación haya sido exitosa, la empresa con posición de dominio use la participación obtenida en el mercado para fijar precios monopolísticos. En un principio, los consumidores serán beneficiados por la baja en los precios. Pero el problema vendrá a mediano y largo plazo, cuando el "predador" logre desplazar a sus competidores y eleve los precios a un nivel monopolístico (que le permita recuperar las pérdidas en que incurrió). En ese momento los consumidores se verán afectados por la práctica predatoria, pues no tendrán más opción que comprar a este precio monopolístico, porque ya no habrá competencia.

¹⁶³ BORK Robert. Op. cit, p. 347 y ss. y ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 11.

12.5. LAS DIFERENTES CORRIENTES SOBRE LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS Y SU CONTROL.

A pesar de lo anterior, en la doctrina existen diversas corrientes sobre la posibilidad de existencia de la conducta de precios predatorios. Algunos autores consideran que la conducta es de rara ocurrencia y por lo tanto no merece ningún tratamiento en particular. Otros tratadistas consideran que la conducta es posible y es necesaria una regulación o que impida su práctica o que la castigue. Vamos a estudiar las diferentes corrientes:

12.5.1. La conducta es muy rara, casi imposible: no debe haber reglas para controlarla. Robert Bork, John Mc Gee y Frank Easterbrook¹⁶⁴ opinan que la conducta de precios predatorios es tan rara, que no debe ser objeto de preocupación por parte de las autoridades encargadas de vigilar el derecho de la competencia.

Dicen que la predación es casi imposible de resultar exitosa, porque el mercado mismo la "auto-detiene" y esto hace innecesaria la intervención del Gobierno. Easterbrook dice que en el estado actual de los negocios no es necesaria la intervención del Gobierno por las siguientes razones: La conducta que

supuestamente es predatoria envuelve bajos precios, grandes producciones, innovación y otras ventajas que usualmente benefician el bienestar del consumidor. Y cualquier intento de administrar una regla en contra de la predación conlleva un alto riesgo de confundir precios competitivos como precios predatorios, lo que a su vez condena el surgimiento de una fuerte competencia. Dice adicionalmente, que los costos de litigios de predación son desconcertantes, y ningún caso más complejo puede imaginarse.

Bork, por su parte dice que la conducta es de rara ocurrencia por las siguientes razones¹⁶⁵:

- Las pérdidas en que se incurre con la práctica serán proporcionales para el predador y para la víctima, ya que la empresa predatora se verá en la necesidad de expandir su producción a un nivel aún mayor que el de la víctima, que no sólo no aumentará la producción, sino que tiene la opción de reducirla y así reducir sus costos (detendrá la producción durante el tiempo que dure la práctica y pagará sólo costos fijos). Y la empresa predatora no podrá subir sus precios hasta que a la víctima se le hayan acabado los recursos para reiniciar la producción.
- La facilidad de entrada al mercado es simétrica a la facilidad de salida de éste. Esto es, si hay altas barreras de entrada al mercado significa que hay dificultad

¹⁶⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 19.

en salir, lo que hace la práctica más onerosa, pues tendrá que ser, necesariamente, más duradera y más costosa. Y, por otra parte, si es fácil sacar a una firma del mercado, igualmente fácil será para otra firma entrar a competir una vez el predador suba los precios para recuperar las pérdidas en que incurrió con la práctica predatoria.

Otro de los argumentos para que no haya regla que controle a los precios predatorios no está basada en la frecuencia con que ocurre la predación, sino en la inhabilidad de las cortes o las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas sobre competencia para distinguir los precios predatorios de los precios competitivos. Si los precios predatorios no se pueden identificar, cualquier acción contra la predación puede proscribir los precios eficientes en casos individuales y tener efectos indeseados, en general.

12.5.2. La conducta es posible y deben existir reglas de prohibición. Existe otra corriente que considera a los precios predatorios como una estrategia posible y que incluso puede ser frecuente, a pesar de que la identificación de los precios predatorios resulta ser muy difícil. En esta corriente se encuentran autores como Phillip Areeda y Donald Turner, Richard Posner, Oliver Williamson, William Baumol y Scherer, entre otros¹⁶⁶. Esta corriente considera que deben existir reglas de prohibición, para evitar los riesgos de que se engrandezca el poder de los

¹⁶⁵ BORK, Robert. Op. cit, p. 153.

¹⁶⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 20 y ss.

monopolios a través de concentraciones o colusiones disciplinadas entre las empresas existentes. En el punto 12.8 se desarrollarán las diferentes reglas y métodos de evaluación de la conducta propuestos por estos tratadistas.

12.6. ELEMENTOS DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

Como vimos en la definición legal, los precios predatorios están compuestos por dos elementos, a saber: (i) el elemento objetivo, que consiste en la venta a precios por debajo de costos; y (ii) el elemento subjetivo, que es la rebaja de precios con el objeto de eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos. Procedemos a estudiarlos por separado, así:

12.6.1. Los precios por debajo de los costos - Elemento objetivo.

12.6.1.1. La venta a pérdida. Una venta a un precio por debajo de costo sugiere una pérdida. Como lo vimos en el primer punto de esta sección, se vende a pérdida cuando el costo marginal supera el ingreso marginal. Igualmente, podemos decir que hay pérdida cuando el precio está por debajo del costo medio de la empresa.

Sin embargo, si en el corto plazo los precios están por encima del costo variable medio y por debajo del costo medio total, a pesar de que haya pérdida, la empresa

está cubriendo al menos los costos variables y parte de los fijos. Y como ya se estudió, esta situación puede remediarse en el largo plazo, modificando los factores de producción, lo que hace recomendable que la empresa siga produciendo, bajo la expectativa de reducir sus costos en el largo plazo.

En cambio, si se vende a un precio por debajo del costo medio variable, la empresa no está cubriendo ni sus costos fijos, ni sus costos variables, lo que no le permite corregir la situación en el largo plazo con la sola adecuación de los factores de producción, por lo que resulta lógico que detenga su producción.

12.6.1.2. Los costos de la empresa en particular. Antes de entrar en el estudio de este elemento es importante aclarar que los costos que se analizan para identificar un precio predatorio son los costos de la empresa en particular que se investiga y no los de la industria en general. Cada empresa enfrenta costos diferentes, que como lo vimos en el punto primero de este capítulo, obedecen a los diversos niveles de eficiencia que pudieran alcanzar (economías y deseconomías de escala)¹⁶⁷. En efecto, la venta a pérdida implica que la empresa venda a precios por debajo de sus propios costos. Sólo con el análisis de los costos de la empresa en particular sabremos si ésta vende a pérdida.

¹⁶⁷ BULLARD, Alfredo. Op. cit, p. 29.

12.6.1.3. El costo que se toma como medida para identificación del precio predatorio: Las diferentes teorías. En general las leyes no consagran qué costo debe utilizarse para la identificación de un precio predatorio: si el costo medio total, el costo medio variable o el costo marginal; si los costos de corto plazo o los de largo plazo. Pero han sido ideadas numerosas teorías que describen el parámetro de costos que identifican a un precio predatorio.

En Colombia, el artículo 50 N°1 del Decreto 2153 de 1992 no identifica el costo que debe tomarse para determinar la existencia de un precio predatorio, y se limita a castigar *"los precios por debajo de costos"*. Sin embargo, en el sector de telecomunicaciones existe norma que señala expresamente los costos que se tendrán en cuenta para el análisis de tarifas predatorias, como lo veremos adelante.

Procedemos a estudiar las diferentes teorías acerca de los costos que deben ser utilizados para identificar la existencia o no de un precio predatorio. Han habido varios ensayos por determinar este precio. El estudio más famoso es quizás el llamado "Test Areeda Turner", creado por Phillip Areeda y Donald Turner.

12.6.1.3.1. El test Areeda Turner. Phillip Areeda y Donald Turner fueron quizás los primeros tratadistas en desarrollar una regla que determinara el punto en el cual un precio es predatorio, con base en el análisis de costos de la empresa. La

primera publicación la realizaron en 1975 y su teoría ha sido parcialmente modificada en tres oportunidades.

El test está enfocado en la conducta de los precios a corto plazo (esto es cuando existen factores fijos). Areeda y Turner se enfocan, en primer lugar, en los costos marginales de corto plazo para determinar qué precio debe ser considerado predatorio.

En efecto, el test parte del concepto de que los rendimientos del productor se maximizan en el punto en que la curva del ingreso marginal se corta con la del costo marginal¹⁶⁸. Por lo que si los costos del producto o servicio empiezan a bajar del nivel de costo marginal, el vendedor pierde dinero y sólo lo hará de manera voluntaria, cuando su intención sea establecer precios predatorios con el objeto de excluir a sus competidores del mercado¹⁶⁹.

Sin embargo, la medición y métodos para calcular los costos marginales resultan ser bastante complicados, ya que los datos contables de las empresas no son propios para el efecto, ni contienen toda la información respecto a los costos marginales. Areeda y Turner proponen entonces, que el costo variable medio¹⁷⁰

¹⁶⁸ MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. Ob. cit., p. 186.

¹⁶⁹ Recordemos que el costo marginal es el costo de producir una unidad adicional.

¹⁷⁰ Los costos variables son los que pueden ser modificados en el periodo de tiempo relevante (la duración de la práctica).

se equipare al costo marginal, para simplificar el cálculo. El costo marginal es la teoría de los precios predatorios, el costo variable medio es la realidad¹⁷¹.

En un principio ellos definieron como legal *per se* a todos los precios de una empresa que maximizan ganancias o minimizan pérdidas, o que se encuentran por encima del costo medio total, así no estén maximizando ganancias en el corto plazo. En relación con los precios por debajo del costo medio, Areeda y Turner encontraron predatorios únicamente a aquellos que se encuentran también por debajo del costo marginal. En consecuencia, los precios por encima del costo marginal, pero por debajo del costo medio serán tenidos como legales.

Cuando adaptaron su regla a los costos variables medios, argumentaron que los precios en o por encima de los costos variables medios anticipados deberían ser legales *per se* y los precios por debajo de este nivel deberían ser ilegales *per se*.

Posteriormente, Areeda y Turner modifican la regla en importantes aspectos: En particular, para precios por encima de los costos variables medios ellos reemplazan la regla de legalidad *per se* por la presunción de legalidad y para los precios por debajo del costo variable cambian la regla de ilegalidad *per se* por la presunción de ilegalidad. En cualquier caso, los precios por encima del costo total se consideran legales *per se*¹⁷².

¹⁷¹ LYTLE K., Archie. Predatory pricing in antitrust law, 1996. Disponible en Internet: www.id.net/archie/predator.

¹⁷² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Ob cit, p. 21.

El test Areeda Turner ha sido adoptado en numerosas legislaciones y ha sido aplicado por los tribunales y autoridades administrativas en la resolución de los casos. Veamos algunos ejemplos de ello:

Las Cortes Estatales¹⁷³ y la "Federal Trade Commission"¹⁷⁴ de los Estados Unidos de Norteamérica ha acogido la última versión mencionada del test Areeda Turner estableciendo las siguientes presunciones:

- Los precios por debajo del costo variable medio por un periodo significativo de tiempo deben ser presumidos como anticompetitivos o ilegales. Sin embargo, se admite prueba en contrario.

- Los precios por encima del costo variable medio, y debajo del costo medio total se presumen legales.

- Los precios por encima del costo variable medio y debajo del costo variable total se presumen legales (presunción de hecho).

¹⁷³ William Inglis and Sons Baking Co. vs. ITT Continental Baking Co, Inc. - 668 F. 2d 1014 (9th Circuit. 1981), cert. denied, 459 US 825 (1982) y Arthur S. Langenderfer, Inc. vs. S.E. Johnson Co. - 729 F. 2d. 1050 (6th Circuit. 1984), cert denied, 469 US 1036 (1984) tomados de ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit., p. 65 y 66.

¹⁷⁴ International Telephoone and Telegraph Corp. 104 FTC 280 (1984), tomado de ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 69.

- Los precios por encima del costo medio total se presumen legales (en gran parte de los Estados es una presunción de derecho).

En Colombia existe regla de costos en el sector de telecomunicaciones para la identificación de tarifas predatorias. Esta regla acoge el Test Areeda Turner. En efecto, la Resolución 087 de 1997 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, establece en el artículo 3.5.1 lo siguiente:

3.5.1. Tarifas predatorias. Cobrar por servicios tarifas que no cubran por lo menos los costos medios variables de corto plazo del mismo, cuando dicha práctica tenga por objeto o como efecto limitar la libre competencia, eliminar a sus competidores o impedir el ingreso de los mismos al mercado...

(Subrayo)

Por su parte, el artículo 1.3.17 de la Resolución 087 de 1997 de la C.R.T. define los costos variables de corto plazo, así: *“Los costos totales de un año divididos por la unidad de producción, bien, sea líneas, unidades de tráfico o unidades de tiempo, entre otras. Se entienden como costos variables totales aquellos costos que fluctúan con el tráfico o nivel de producción de un operador de TPBC”¹⁷⁵.*

¹⁷⁵ Estos son los cargos de acceso que se deben pagar a los dos operadores locales que intervienen en la comunicación (el operador de salida de la llamada y del operador de destino de esa llamada). Los costos que fluctúan con el tráfico o nivel de producción para proveer el servicio de TPBCLDN, acorde con la definición anterior, son los correspondientes a la remuneración a que tienen derecho los operadores locales por cada minuto que curse a través de sus redes (artículos 5.3.2, 5.24 y 5.3.25) para proveer el mencionado servicio.

En Canadá, las reglas del Director of Investigation and Research de la Oficina de Protección a la Competencia¹⁷⁶ dicen que la medida para identificar a un precio predatorio es ver cuál de ellos es *irrazonable*. Y el test de comparación entre precios y costos debe asumir que, salvo circunstancias inusuales, la empresa continuará operando sólo si es capaz de cubrir sus costos fijos de operación. En general aplica el test Areeda Turner así:

- Un precio en o encima del costo total medio no se considerará irrazonable (predatorio), independientemente del poder de mercado que tenga la empresa (legalidad *per se*).

- Un precio por debajo del costo variable medio se estima como predatorio, a menos que haya una clara justificación, como por ejemplo la necesidad de vender el inventario perecedero (presunción de ilegalidad).

- Si el precio se ubica en cualquier lugar entre el costo total medio y el costo variable medio (“la zona gris”), deben considerarse numerosos factores en la determinación de si se trata de un precio es predatorio o no. Debe analizarse la fortaleza de la demanda, el exceso de capacidad en el mercado y la evidencia directa o indirecta de la utilización de esos precios con una intención anticompetitiva.

¹⁷⁶ CANADA. DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH. COMPETITION ACT. Ob cit., p. 10.

En el caso de Consumers Glass Co. Ltd. y Portion Packaging¹⁷⁷ la Corte dijo que es una pregunta inconclusa qué precio entre el costo medio total y el costo medio variable, que se muestre que no minimiza pérdidas, puede ser considerado como irrazonable. Tampoco se ha desarrollado un test apropiado para determinar la "minimización de pérdidas" y la "maximización de ganancias".

12.6.1.3.2. Reglas del Tribunal de Justicia Europeo. El test Areeda Turner ha sido modificado, parcialmente, por el Tribunal de Justicia Europeo en el caso ECS vs. AKZO¹⁷⁸, donde estableció que son abusivos (predatorios) aquellos precios inferiores al promedio de los costos variables, ya que el único interés de esta empresa será eliminar a los competidores para elevar los precios en el futuro. Sin embargo, dice que los precios inferiores al promedio de los costos totales, pero superiores al promedio de los costos variables, deben considerarse como abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tenga como objeto la eliminación de un competidor, como sucedió en este caso.

En este caso, el Tribunal estableció una presunción *iuris et de iure* de predación para los precios inferiores al costo variable medio y una presunción *iuris tantum* para los precios superiores al costo variable medio, pero inferiores al costo total medio¹⁷⁹.

¹⁷⁷ R. vs. Consumers Glass (1981).

¹⁷⁸ Asunto 62/86, con sentencia de fecha 3 de julio de 1991.

Este mismo criterio fue acogido en Perú por la INDECOPI cuando sostuvo lo siguiente:

No todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que esté por debajo del costo variable medio,... Finalmente, los precios inferiores al precio total, pero superiores al costo variable medio sólo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores¹⁸⁰.

12.6.1.3.3. Reglas de Jaskow y Klevorick¹⁸¹. Las reglas de precios ideadas por estos dos tratadistas, incorporan un test de costos de corto plazo, y crean presunciones, que difieren un poco de las establecidas por Areeda y Turner. Veamos:

- Los precios por debajo de los costos variables medios deben ser considerados predatorios, a excepción de ciertos casos en los cuales un eventual paro de la industria puede resultar aún más costoso que las ventas a pérdida.

¹⁷⁹ ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución 412 – expediente 412/97, BT/TELEFONICA del 21 de enero de 1999.

¹⁸⁰ PERU. INDECOPI. Resolución N° 070/96. María del Carmen Molta Wendell vs. Proquinsa.

¹⁸¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 26

- Los precios entre el costo variable medio y el costo medio total deben presumirse como predatorios. Sin embargo, la empresa puede defenderse probando que la industria estaba declinando o que la escala de un nuevo competidor que acaba de entrar al mercado deprimió los precios. En cualquier caso, si el exceso de capacidad se creó antes de la entrada del nuevo competidor al mercado, entonces esta defensa no será posible.
- Los precios por encima del costo total se presumen legales, a menos que haya una rebaja de precios (así este no esté por debajo del costo medio variable), como respuesta a la entrada de un nuevo competidor al mercado seguido por un aumento significativo de precios dentro de los dos años siguientes, sin que éste sea provocado por aumentos en los costos o en la demanda del producto.

Este test ha sido utilizado por la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la República de Argentina¹⁸².

12.6.1.3.4. Richard Posner. Richard Posner dice que los costos marginales de largo plazo son un mejor test de predación que los costos marginales de corto plazo, pues con la aplicación de precios iguales al costo marginal de corto plazo la empresa "predadora" puede eliminar a un competidor de igual o mayor

¹⁸² Caso de Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro S.A Expediente N° 064-000962/97 (c.405).

eficiencia¹⁸³, pero que carece de la habilidad para sostener pérdidas en el corto plazo. Debido a que los costos marginales son difíciles de determinar, los sustituirá por el costo medio del balance de la empresa. El test se aplicará a los costos medios totales basados en los libros de la compañía¹⁸⁴.

12.6.1.3.5. *Japón.* La Fair Trade Commission de Japón, entidad encargada de vigilar la promoción a la competencia en ese país, dice que son precios injustamente bajos los que están por debajo del precio de compra (precio neto de compra después de deducir los descuentos, descuentos ,muestras gratis, etc.)¹⁸⁵.

12.6.1.3.6. *Como conclusión.* Como vimos en el punto 11.2, la maximización del productor se obtiene cuando el costo marginal es igual al ingreso marginal. Si el costo marginal supera al ingreso marginal el productor estará perdiendo dinero y si el ingreso marginal sobrepasa el costo marginal obtendrá una ganancia. Vemos entonces que la venta a pérdida ocurre cuando el costo marginal supera el ingreso marginal. Entonces, el parámetro de costos adecuado para identificar la venta a pérdida es el costo marginal.

Sin embargo, debido a que existe gran dificultad en la medición del costo marginal en los casos reales, debemos adoptar el parámetro del costo variable medio,

¹⁸³ Más eficiente por tener menores costos marginales de plago plazo.

¹⁸⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 21.

propuesto por Areeda y Turner, que corresponde al costo variable de la empresa, por unidad de producción.

Si los precios no cubren los costos variables medios de la empresa, no existe justificación económica racional para que ésta siga produciendo, ya que no está cubriendo siquiera los costos variables de producción. Por lo tanto, si la empresa goza de una posición dominante en el mercado y vende a precios por debajo de sus costos variables medios, debe presumirse el abuso de su posición de dominio por aplicación de precios predatorios, a menos que la empresa pruebe que está minimizando pérdidas.

Si los precios cubren los costos variables medios de la empresa, pero son inferiores a los costos totales medios en el corto plazo, existe una justificación para que la empresa siga produciendo bajo la expectativa de reducir sus costos a largo plazo, por lo que los precios no deben considerarse predatorios, salvo que hagan parte de una estrategia dirigida a expulsar a los competidores del mercado.

Y bien, todo precio que cubra los costos medios totales debe ser considerado legal, así implique la expulsión de uno o más competidores del mercado, pues este precio está generando utilidades: no debe castigarse la eficiencia en la producción. Ahora, cualquier precio al que le falte pagar una utilidad razonable no

¹⁸⁵ibid., p. 36.

es un precio equilibrado y debe mirarse como sospechoso, especialmente en industrias crecientes.

12.6.2. El objeto de eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos - Elemento subjetivo. Ahora bien, la venta por debajo de costos debe tener el *objeto* de eliminar a uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

Se trata entonces de la intención de la empresa con posición dominante: el fin de la conducta es eliminar a los competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.¹⁸⁶

Pero, como se mencionó en el punto 12.4, este mismo propósito o intención lo tiene quien compite libre y lealmente. Por lo tanto, la identificación del elemento Intencional de la conducta aumenta la complejidad de la investigación¹⁸⁷.

Sin embargo, la existencia de este elemento subjetivo, de la "intención" predatoria, es lo que permite distinguir a la competencia efectiva de precios con la conducta ilícita de precios predatorios. Es la intención lo que hace sancionable esta

¹⁸⁶ Según el Diccionario de la Lengua Española la intención, se entiende como la *determinación de la voluntad en orden a un fin* (p. 753).

¹⁸⁷ Phillip Areeda dice que es difícil identificar el "intento", por tratarse de un comportamiento ambiguo.

conducta o práctica, por lo que vamos a tratar de esbozar los elementos que nos permitan identificar ese intento y diferenciarlo de la competencia libre y leal.

En Venezuela en el caso Pepsi Cola vs. Coca Cola, Procompetencia sostuvo lo siguiente:

“... el elemento intencional, cuando se trata de determinar si la conducta señalada se puede caracterizar como exclusionaria, anticompetitiva o predatoria, puesto que permite diferenciar las prácticas que tienden a excluir o restringir la competencia, de los resultados que se derivan del éxito de una empresa, que reflejen únicamente la presencia de un producto superior, un negocio bien llevado, o elementos exógenos; y a raíz de los cuales exista un desplazamiento de algún competidor¹⁸⁸”

La conducta debe reflejar una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir, o llevarlos a suspender actitudes competitivas¹⁸⁹, entendiéndose que no sobrevivirán a una guerra de precios a pérdida.

¹⁸⁸ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° SPPLC/0034-96 del 9 de diciembre de 1996.

¹⁸⁹ BULLARD, Alfredo. Op. cit, p. 27

El Tribunal de Justicia Europeo busca la *intención* en la política de precios de la empresa. Por ejemplo, en el caso Hoffmann - La Roche, el Tribunal sostuvo que no se podía inferir de las simples relaciones entre precios y costos si un precio es predatorio, dijo que era necesario mirar el propósito o la intención. El Tribunal encontró que la política de precios del demandado estaba “diseñada” para ser predatoria por la magnitud de las “rebajas de precio”, por las pérdidas incurridas (lo cual dedujo de lo contenido en varios documentos de la empresa) y por la ausencia de cualquier otra justificación para la rebaja de los precios. La Corte no tuvo evidencia directa de la intención, pero la evidencia circunstancial fue suficiente para determinar el intento de predación.

Igualmente, en Canadá, luego de hacer el test de precios y costos, el Director de Investigación pasa a estudiar la “política de ventas” de la empresa. Aquí se busca evidencia sobre si los precios son parte de un programa corporativo de precios en el mercado y si se establecieron para un periodo de tiempo significativo y no correspondieron a una acción defensiva a las iniciativas de precios de otras empresas competidoras. Se busca evidencia de si los precios son “diseñados para” o “tienen el efecto o la tendencia” de lesionar la competencia o eliminar a los competidores¹⁹⁰.

Por otra parte, la doctrina estadounidense ha desarrollado el concepto de "racionalidad económica". En principio, la práctica debe ser sancionada sólo en el

¹⁹⁰ DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH. COMPETITION ACT. Op. cit, p. 11.

caso que se demuestre que no es racional o buena para la economía, esto es, que tenga efectos nocivos para los consumidores en el largo plazo¹⁹¹.

Se dice que la conducta de vender a un precio por debajo de los costos debe tener una justificación económica racional para no ser ilegal. Ejemplos de justificación del precio por debajo de costo son la venta de productos perecederos, con el fin de evitar la pérdida de la mercancía; cuando se trata de productos pasados de moda o superados por una generación posterior más tecnificada; cuando la demanda de los productos entre los consumidores ha desaparecido o disminuido considerablemente y cuando hay un exceso crónico de capacidad de la empresa, entre otros.

En muchos países la prueba de la intención se obtiene así: si la empresa es capaz de demostrar que su conducta (venta por debajo de costos) tiene una justificación económica racional, se exonera de la sanción. En caso de que no logre justificar el bajo precio de sus productos, se presume la intención de excluir a los competidores del mercado. La justificación económica racional muestra el propósito legítimo de la empresa por competir, la mayor eficiencia competitiva y las economías de escala.

Procompetencia dijo lo siguiente:

¹⁹¹ BULLARD, Alfredo. Op. cit, p. 34.

“...a los efectos de determinar la pretensión de impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas en el mercado, es de suma relevancia que la conducta desplegada por el agente económico rebase los límites en los que actuaría estando en condiciones de competencia, es decir, que la actuación desarrollada por el agente no obedezca a una racionalidad económica producto de su estrategia competitiva, como por ejemplo, desarrollo en calidad del producto o servicio, mercadeo agresivo, entre otras¹⁹²”.

La intención se revela cuando la empresa, consciente de su poder de mercado, imponga precios por debajo de los costos y con dicha práctica excluya del o impida la entrada a sus competidores al mercado, y una vez logrado este objetivo, incremente los precios a niveles monopólicos para recuperar la pérdida en la cual incurrió durante el periodo de la predación¹⁹³.

12.7. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

Fuera del análisis de los elementos objetivos y subjetivos de los precios predatorios, esto es, los precios por debajo de costos y de la intención de depredar el mercado, deben analizarse ciertos requisitos que la empresa con posición de dominio en el mercado necesita cumplir para que la conducta de precios predatorios pueda ser desarrollada. Se trata de: el poder financiero de la

¹⁹² VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA PROMOCIÓN Y PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° SPPLC/010-97 del 19 de mayo de 1997.

empresa, la recompensa futura y, el poder de mantenimiento de la empresa.

Veamos:

12.7.1. La empresa debe tener un gran poder financiero. El poder financiero de la empresa es un requisito indispensable para la realización de la práctica, pues es lo que le permitirá cubrir los enormes gastos en los que incurrirá al reducir los precios por debajo de sus costos. Y esto es así porque de no poseer los recursos necesarios a la empresa se le haría materialmente imposible llevar a cabo la práctica y mantenerla durante el tiempo necesario para obtener el resultado buscado, esto es, impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de un competidor en el mercado.

En efecto, la capacidad para persistir y encarar las pérdidas depende, en gran medida, del financiamiento de las pérdidas mientras dure la práctica, que como vimos en el punto N° 12.3 de esta sección, constituirán una inversión para obtener en el futuro unas ganancias monopólicas.

Entonces, la empresa deberá tener un fuerte respaldo financiero que le permita mantener el flujo de caja de sus operaciones durante la aplicación de los precios predatorios. El origen de estos recursos financieros es indiferente: pueden provenir de las utilidades de un monopolio o de las utilidades obtenidas en un

¹⁹³ Ibid.

mercado competitivo, de un nivel vertical diferente, de subsidios cruzados, de préstamos bancarios, de bonos del Gobierno, etc.¹⁹⁴

Una empresa muy grande con economías de escala que hace parte de un grupo empresarial y que opera en múltiples mercados tanto de productos como geográficos, probablemente sobrevivirá más tiempo, con igual eficiencia, que una empresa con recursos limitados y que sólo opera en uno de esos mercados. Esta es una de las razones por las cuales se dice que la conducta debe ser realizada por una empresa con posición dominante en el mercado.

De otra parte, es necesario que la empresa que vende a precios por debajo de costo tenga un mayor poder financiero o acceso a recursos financieros que sus competidores. En efecto, la posibilidad de tener éxito en la conducta de precios predatorios declinaría si la empresa tiene menos recursos que sus competidores¹⁹⁵, ya que son los recursos los que le permiten a la empresa sobrevivir durante la práctica. Por lo tanto, si los competidores tienen mayores recursos o acceso a recursos financieros que la empresa predatoria, seguramente no abandonarán el mercado antes que ella.

Como lo dice Bork, las pérdidas en que se incurre con la práctica serán proporcionales para el predador y para la víctima. Esto, en razón a que la

¹⁹⁴ AREEDA, Phillip. Op. cit, p. 672.

¹⁹⁵ Ibid.

empresa predatora se verá en la necesidad de expandir su producción para satisfacer a toda la demanda del mercado. Las víctimas (sus competidores), por su parte, van a reducir la producción para así reducir sus costos y minimizar las pérdidas durante la aplicación de la práctica (pagarán sólo costos fijos). Se ve así cómo los recursos de la empresa predatora deben ser mayores a los de la víctima, ya que ésta no podrá subir sus precios hasta que a la víctima se le hayan acabado todos los recursos para reiniciar la producción¹⁹⁶.

12.7.2. Un gran poder de mantenimiento de la empresa. Este requisito se desprende del anterior y se refiere a la capacidad de la empresa para perdurar en el mercado. Como lo vimos, la predación no puede tener éxito si los competidores no perecen antes que el "predador". Esto es, la empresa debe tener mayor poder de mantenimiento o permanencia en el mercado que sus competidores para poder arruinarlos y desplazarlos. Sólo de esta manera la conducta es posible y la empresa puede recuperar luego las pérdidas en que incurrió durante el desarrollo de la práctica.

Phillip Areeda dice que la probabilidad de que los competidores sufran por los precios del demandado y se vean forzados a salir del mercado se afecta por los siguientes factores¹⁹⁷:

¹⁹⁶ BORK, Robert. Op. cit, p. 153.

¹⁹⁷ AREEDA, Phillip. Op. cit, p. 672.

La duración de la práctica: Los competidores se verán probablemente más perjudicados por una prolongada rebaja en el precio, que por una corta. Por otra parte, una rebaja de corta duración en los precios puede entenderse como una promoción para inducir a nuevos clientes a probar el producto.

Las utilidades de los competidores: Así el precio impuesto por la empresa "predadora" sea muy bajo y sus propios costos lo excedan, la competencia no se va a ver lesionada mientras los competidores ganen al menos las utilidades normales. Esto, porque mientras se nieguen a los competidores unas altas utilidades (aplicación de precios predatorios) ellos presumiblemente evitarán competir enérgicamente para que en el futuro no existan precios más bajos. Como vimos, los competidores reducirán su producción al mínimo y la empresa predadora tendrá que aumentar su producción para satisfacer la demanda residual.

La magnitud de la rebaja: Debe tratarse de una rebaja significativa. Y la significativa reducción del precio debe ser mayor que la que tendría un propósito "legítimo". Dice Areeda que, aunque los juicios serán raramente posibles, una reducción del 25% o 30% se considera ordinariamente como una rebaja significativa.

Número de competidores en el mercado: La presencia de muchas empresas en un mercado sugiere que las barreras de entrada son bajas y que el fallecimiento o la desaparición de una de ellas carece de importancia.

En el caso de *Matsushita Electric Co. vs. Zenith Radio Corp.* la Corte dijo que las pérdidas en el corto tiempo están definidas, pero las ganancias futuras dependen del éxito en la neutralización de la competencia. Y por lo tanto, no resulta suficiente tener poder de monopolio, ya que el precio monopolístico puede generar una rápida entrada de nuevos competidores interesados en participar en el exceso de ganancias. El éxito de la predación depende de la capacidad de mantener el poder de monopolio por el periodo de tiempo suficiente que permita a la empresa recuperar las pérdidas en que incurrió el predador y obtener además unas ganancias adicionales¹⁹⁸.

12.7.3. Una recompensa futura¹⁹⁹. Los precios predatorios son una inversión en un futuro monopolio, y deben entenderse como un sacrificio actual, para un beneficio futuro. Por lo tanto, es necesario que la inversión sea recuperada.

La predación sólo será una posibilidad racional cuando el beneficio probable futuro sobrepase las pérdidas presentes de la empresa. Se deben compensar los riesgos legales y comerciales de hacer el intento, incluyendo la posibilidad de fracasar (pues es posible que la empresa actúe "predatoriamente" con la creencia errónea de que la predación pagará y cubrirá las pérdidas en las que se incurrió), con las ganancias proyectadas en el largo plazo.

¹⁹⁸ *Matsushita Electric Industrial Co. vs. Zenith Radio Corp.* 475 U.S. 574. (1986).

¹⁹⁹ AREEDA, Phillip. Op. cit, p. 671.

Por lo tanto, el éxito de la práctica de precios predatorios se tiene cuando, una vez se logre eliminar a los competidores del mercado, la empresa pueda recuperar sus pérdidas. Y son las circunstancias de mercado las que determinan si una predación puede ser exitosa o no:

- Si nos encontramos en un mercado que era previamente competitivo, la imposición posterior de un precio monopolístico incrementa sustancialmente los beneficios industriales, pues los competidores potenciales van a poder beneficiarse de los altos precios. Esto, en razón a que los mercados competitivos se caracterizan por ser contestables, con facilidad de entrada y salida (bajas barreras de entrada). En este caso, la empresa "predadora" obtendrá relativamente bajos beneficios futuros o bien, deberá enfrentar a los nuevos competidores y no tendrá ya la posibilidad de recuperar todas las pérdidas en que incurrió.
- Si el mercado era oligopólico, con competencia oligopólica y altas barreras de entrada, puede obtenerse éxito en la predación. En efecto, si la empresa logra acabar con sus competidores, con la imposición posterior de un precio monopolístico no se van a incrementar los beneficios industriales, en razón a las altas barreras de entrada, y la empresa "predadora" podrá apropiarse de todas las ganancias industriales para sí misma²⁰⁰.

²⁰⁰ Ibid.

Las Cortes Norteamericanas han dicho que si luego de la práctica el precio monopolístico se hace imposible, el bajo precio no deberá considerarse como predatorio y el consumidor será el beneficiario "ambiguo" de la conducta, aún en el caso en que el precio esté por debajo de los costos de producción²⁰¹. Esto, porque el derecho de la competencia protege principalmente a los consumidores, no a los competidores. Y si el predador no triunfa en su intento, es posible que, tanto los competidores, como la misma empresa se vean perjudicados por la práctica, y sin embargo, la competencia no se verá perjudicada.

De este modo, podemos concluir que en mercados con bajas barreras de entrada es muy difícil recuperar las pérdidas en que incurrió la empresa. No obstante, en un mercado oligopólico donde la empresa tenga mayor poder que sus competidores, ésta puede beneficiarse forzándolos a seguir su precio dirigido, sacándolos del mercado y luego elevando el precio a un nivel monopolístico. La predación permite la recuperación de las pérdidas en un mercado oligopólico con altas barreras de entrada. Sin embargo, debe investigarse cada mercado y cada caso en particular. Existen mercados en los cuales la predación no es posible, porque las entradas fáciles no permiten una compensación futura de los precios predatorios. No importa que tan rica, poderosa grande o mala sea la empresa.

²⁰¹ Poultry Farms, Inc. vs. Rose Acre Farms, Inc. 7th Circuit, Easterbrook, Judge. 88 F 2nd. 1396

Areeda y Turner dijeron: *“La predación no puede existir a menos que haya un sacrificio temporal en los ingresos netos en la expectativa de grandes ganancias futuras. La predación tiene poco sentido económico para un potencial predador, salvo que éste tenga:... (ii) un prospecto sustancial de que las pérdidas en que él incurrirá durante la campaña de predación serán excedidas por los beneficios que obtendrá después de que los competidores hayan sido destruidos”.*

12.8. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS PRECIOS PREDATORIOS.

La doctrina ha creado múltiples reglas para la identificación e incluso el tratamiento que las autoridades encargadas de vigilar las normas sobre libre competencia deben darle a los precios predatorios. Algunas de las reglas sobre identificación de los precios predatorios ya han sido desarrolladas parcialmente en los puntos anteriores, tales como el test Areeda Turner. En este punto me concentraré en desarrollar las diferentes propuestas al tratamiento que las autoridades deben dar a los precios predatorios e incluso las defensas de la empresa envuelta en una investigación por precios predatorios.

12.8.1. Reglas de costos a corto plazo. Test Areeda Turner. Como lo vimos en el punto N° 12.5.1 estas reglas se distinguen por estar enfocadas en la conducta de precios a corto plazo y por comparar esos precios con los costos, más que en el intento del impositor del precio. Esta regla se explicó anteriormente.

Areeda y Turner afirman que es un requisito que la firma tenga poder de monopolio. Si no fuera así, la empresa predatora no podría recuperar sus pérdidas con utilidades supracompetitivas en un futuro.

Por lo tanto, el primer paso consiste en determinar el poder de mercado de la empresa y luego si se entra en el análisis de costos y precios.

Como ya lo explicamos, en la última versión de su estudio Areeda y Turner crean diferentes presunciones así:

- Un precio por encima del costo variables medio se presume legal.
- Un precio por debajo del costo variable medio se presume ilegal.
- Un precio por encima del costo total se considera legal per se.

Estos tratadistas crean diferentes defensas para la empresa investigada por precios predatorios. En efecto, el demandado puede demostrar que los cambios en sus costos o en las condiciones de la demanda causaron la baja de precios por debajo del costo variable medio.

Igualmente, la empresa puede argumentar su baja de precios como una estrategia para enfrentar a la competencia, y que la rebaja de precios por debajo del costo

variable medio fue diseñada para enfrentar las promociones de un competidor o una nueva entrada al mercado, si estos gastos adicionales suben los costos variables promedio. También las promociones son excepciones a la aplicación de la regla. Areeda y Turner permiten la aplicación de estas defensas a las firmas dominantes que actúan en mercados múltiples, tanto de productos, como geográficos, sólo si la firma puede mostrar que en el mercado en particular que se estudia no tiene posición de dominio²⁰².

Sin embargo, la defensa de precios predatorios como estrategia para enfrentar a la competencia no vale si se da por parte de una empresa oligopólica como respuesta al precio de otra empresa oligopólica, si estos precios pueden inadvertidamente destruir a firmas marginadas.

Adicionalmente, se puede refutar la legalidad del precio, cuando éste se encuentre en o por encima del costo variable medio, pero significativamente por debajo del costo marginal.

12.8.2. Reglas de control a la expansión de la producción. Oliver Williamson²⁰³ dice que las reglas basadas solamente en costos, como las de Areeda y Turner, no tienen en cuenta que las empresas adecuarán su conducta predatoria, de conformidad con la ley. En efecto, la empresa con posición

²⁰² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 21.

²⁰³ Ibid., p. 49.

dominante puede invertir en aumento de capacidad instalada de la planta para producir a mayor escala en el momento en que entren nuevos competidores al mercado y acaparar la demanda, sin necesidad de violar las reglas de costos marginales y de costos variables medios.

Según Williamson, hasta el momento de entrada de los competidores al mercado, la empresa va a restringir la producción y a elevar el precio, maximizando sus beneficios a ese nivel de capacidad, y una vez entren los competidores al mercado, la empresa aumentará su nivel de producción a un punto en el cual no quede demanda residual para una entrada al mercado de escala eficiente. Y así boqueará la entrada al mercado para otros competidores.

Y dice que estos efectos pueden ser evitados con dos reglas diferentes que se dirigen a lo siguiente: (i) Controlar la producción permisible a empresas dominantes en respuesta a la entrada de nuevos competidores al mercado, y (ii) Controlar los precios permisibles a todas las empresas. Propone que las reglas de precios basadas en costos sean revisadas después de las de restricción de producción. Veamos:

Este autor propone una regla que prohíba a la empresa con posición dominante expandir su producción en respuesta a la entrada al mercado de nuevos competidores por un periodo que oscile entre los 12 y los 18 meses. Esta regla impediría que la empresa dominante incremente su producción y, por medio de esta estrategia, evite la entrada de nuevos competidores al mercado.

Adicionalmente, dice que el precio no puede caer debajo de los costos variables medios. Y si esto llegare a ocurrir, la empresa dominante deberá reducir su producción y mantener el precio.

Williamson justifica su regla así: La eficiencia es mayor tanto antes, como después de la entrada de nuevos competidores al mercado. En términos de eficiencia, la regla está diseñada a inducir a la empresa dominante a incrementar la producción y bajar el precio en la etapa anterior a la entrada de nuevos competidores, para estar mejor posicionada y tener la capacidad de impedir la entrada de nuevos competidores al mercado. Esto se reflejará en una mejor utilización de planta y menores costos medios en esta etapa de pre-entrada de nuevos competidores al mercado.

Después de que la entrada del competidor ocurra, el modelo de Williamson produce la misma producción para cada regla, pero muestra que se produce a un menor costo medio, bajo una regla que restringe la producción. Dice que esta regla es más fácil de aplicar que una basada únicamente en costos, porque el nivel permisible de producción puede ser fácilmente calculado, a pesar de que puedan surgir ciertas complicaciones.

A estas reglas de restricción de la producción se suman otras reglas relacionadas con los costos y precios, así:

Williamson dice que los precios deben cubrir los costos variables de largo plazo. En efecto, los precios que no recobren todos los costos en el largo plazo pueden sacar a un competidor igualmente eficiente del mercado. Esta regla básica se aplica generalmente, salvo en el caso de nuevos competidores que entren a un mercado, a quienes les será permitido ofrecer precios promocionales (incluso muestras gratis) a los consumidores de los bienes por un corto periodo de tiempo.

12.8.3. Reglas que controlan aumentos de precios. Otro intento para controlar la estrategia de predación a largo plazo lo formuló William Baumol²⁰⁴, quien, al igual que Williamson descarta la confianza o seguridad completa en los test de costos. Pero, mientras Williamson se enfoca en el control del aumento de producción como respuesta de la empresa dominante a la entrada de competidores al mercado, Baumol se concentra en el control a los incrementos de precios luego del "éxito" en la predación, esto es cuando los nuevos competidores hayan sido excluidos del mercado. Baumol buscará que cualquier rebaja de precios hecha, en respuesta a la entrada de nuevos competidores al mercado, continúe por un periodo de tiempo considerable.

La regla de prohibición de Baumol se encamina a prohibir que el monopolista recupere sus pérdidas, lo que desincentiva al predador de incurrir en pérdidas o adelantar ganancias. No se prohíbe la rebaja del precio, sino que se obliga a la

²⁰⁴ Ibid., p. 23.

firma a seleccionar un precio con el que pueda vivir un largo tiempo después del éxodo de las otras firmas (él sugiere 5 años).

Esta regla evita la necesidad de calcular costos. Otra ventaja es que una firma igualmente eficiente que la firma predatora puede lograr sobrevivir, en la medida en que cualquier rebaja de precios seleccionada por la firma predatora, debe permitirle la recuperación total de los costos.

Bajo la regla de Baumol se le permite al predator algún incremento en los precios después de la exclusión de los competidores, siempre que esté justificado por cambios en los costos o por cambios en la demanda.

12.8.4. Test de la razón. En respuesta a la regla original de Areeda y Turner, Scherer²⁰⁵ propone una investigación más amplia de los muchos factores que rodean la conducta de precios predatorios, incluyendo la intención del predator y las consecuencias de su conducta. El objeto de la investigación propuesta por Scherer es la eficiencia en la asignación de recursos en el largo plazo, una meta que el simple test basado en costos a corto plazo olvida.

Scherer da ejemplos de escenarios en los cuales la regla de Areeda y Turner no maximizan el bienestar. Uno es, donde el predator expande su producción cuando ve la amenaza de entrada de nuevos competidores, dejando insuficiente

²⁰⁵ Ibid., p. 25.

demanda residual para una entrada a escala eficiente. Asumiendo que la entrada sea detenida, los precios pueden ser ineficientes (debajo del costo marginal), pero no violar aún las reglas basadas en costos, al exceder simultáneamente los costos medios.

De acuerdo con Scherer, los beneficios de largo plazo se puede maximizar, dependiendo de las circunstancias, bien sea que el precio impuesto por la firma dominante esté encima o debajo del costo marginal. Para determinar el precio de maximización del beneficio, él mirará las eficiencias relativas de las empresas en el mercado, la mínima eficiencia de escala; los efectos del monopolista sobre las firmas del margen, bien sea que el monopolista reduzca posteriormente su producción, o bien aumente la capacidad instalada de su planta. Esto debe ser examinado a la luz de las circunstancias de cada caso, incluyendo el intento de la firma dominante y las consecuencias estructurales de su acción. Esta es la aplicación de la regla de la razón -explicada en el primer capítulo de este trabajo-, para la investigación de precios predatorios.

Schwarz²⁰⁶, por su parte dice que los costos para un producto singular no se pueden evaluar cuando una empresa multiproductora está envuelta. Y su investigación incluirá un examen de los precios, la capacidad, la inversión, los costos de investigación y desarrollo, la innovación del producto, la propaganda y el marketing. Igualmente, dice que los precios y otras tácticas de las empresas en el

²⁰⁶ibid.

mercado deben ser examinados junto con la evidencia de el intento, el poder de mercado de la empresa y el patrón de conducta de esta firma en el mercado.

12.8.5. Reglas "Two-tier". Paul Joskow y Alvin Klevorick²⁰⁷ incluyen aspectos de varias reglas que han sido descritas con anterioridad, en sus reglas "two-tier". Estas reglas buscan limitar el espectro de la "ley anti-predación" a aquellos mercados en los cuales la predación es una amenaza seria y real, y estudiar el objeto de la conducta predatoria en este estrecho campo de investigación.

La esencia de su teoría es que la estructura del mercado es la que determina cuando la predación es una estrategia posible. Ellos proponen una investigación con un doble procedimiento: Dicen que antes de examinar la conducta del demandado se debe analizar la estructura del mercado, y si resulta que este es susceptible de ser depredado, luego se estudia la conducta del demandado.

Esta doble aproximación al problema guiará a la más rápida eliminación de demandas hostigantes por parte de los competidores, limitando así su habilidad para usar las leyes de competencia para propósitos proteccionistas, señalando un precio producto de una competencia vigorosa como un precio predatorio (esto es lo que vimos como predación no basada en precios o "non - price predation").

²⁰⁷ Ibid., p. 26

La primera fase de su estudio consiste en el análisis de tres elementos: 1) El poder de monopolio a corto plazo, que se medirá por la cuota de mercado de la empresa (predador) y la elasticidad de la demanda de su producto; 2) Las condiciones de entrada al mercado, que se refiere a la velocidad con que los potenciales competidores pueden entrar a competir en el evento de precios supracompetitivos. Aquí se estudiarán los factores de capital, lealtad de los consumidores, etc.; y 3) La dinámica del mercado: Los mercados caracterizados por un rápido crecimiento o decaimiento se dicen menos preocupantes que los mercados en equilibrio. Igualmente, la predación preocupa menos en mercados donde la innovación y el progreso tecnológico tiende a provenir de la firma dominante y no otras empresas sin poder de mercado.

Si del análisis de estos factores se determina que el mercado no es susceptible de ser depredado, Jaskow y Klevorick permitirán cualquier rebaja de precios, y ninguna regla de precios será aplicable.

Pero, si se determina que el mercado reúne las características para ser depredado, viene una segunda fase de estudio. Esta segunda fase consiste en un profundo examen de los precios, utilizando esencialmente la regla de la razón. Se examina la intención de la empresa, que puede ser relevante, y realiza un de tests de costos.

Como lo vimos en el punto 12.6.1., Jaskow y Klevorick dicen que los precios por debajo de los costos variables medios deben ser considerados como predatorios,

a excepción de ciertos casos en los cuales un eventual paro de la industria puede resultar aún más costoso que las ventas a pérdida (en este caso se considera que la empresa está minimizando pérdidas).

Los precios entre el costo variable medio y el costo medio pueden presumirse como predatorios. Sin embargo, la empresa se puede defender probando que la industria estaba declinando o que la escala de un nuevo competidor que acaba de entrar al mercado deprimió los precios. En cualquier caso, si el exceso de capacidad se creó antes de la entrada del nuevo competidor al mercado, entonces esta defensa no será posible.

Los precios por encima del costo total pueden presumirse como legales, salvo que la rebaja de precios sea una respuesta a la entrada de un nuevo competidor al mercado y este se revirtiera entre los dos años siguientes, sin una razón relacionada con un cambio en los costos o en la demanda del producto.

12.8.6. Como conclusión. Se observa que existen diferentes aproximaciones al problema y que no existe unanimidad en la doctrina sobre el tratamiento que debe dársele a los precios predatorios. Desde la teoría que dice que no debe existir regla de prohibición, hasta las que plantean diferentes métodos de evaluación y control de los mismos. No hay un criterio uniforme sobre cuales costos deben tenerse en cuenta, si los de corto plazo, los de largo plazo, los totales medios, los variables medios, etc. Sin embargo, existen factores coincidentes en todas las

doctrinas, por ejemplo todas exigen que se trate de una empresa con poder de mercado o con posición dominante en el mercado. En alguna medida todas estas teorías incluyen un examen de costos de la empresa y casi todas las teorías ven al intento como un elemento importante en su identificación.

A continuación pasaremos a estudiar los diferentes fallos proferidos en los distintos países, en relación con los precios predatorios.

13. DE LOS DIFERENTES FALLOS Y JURISPRUDENCIA SOBRE PRECIOS PREDATORIOS.

13.1. EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

Como vimos en los capítulos anteriores, la historia del derecho "antitrust" en los Estados Unidos de Norteamérica se puede dividir en tres periodos. Vamos a estudiar los diferentes fallos y sentencias que involucraron el examen de precios predatorios, en cada uno de estos tres periodos:

13.1.1. Desde la expedición de la Sherman Act en 1890 hasta los años 60's.

Como vimos en la parte general, en esta época, el análisis se fundaba en los efectos de la conducta en el competidor. Se condenaba la concentración del poder económico y se protegía a las pequeñas empresas, sin tener en consideración las condiciones de eficiencia del mercado y el bienestar de los consumidores.

En esta época hubo pocos casos "antitrust", sin embargo, en algunos de ellos se trató el tema de precios predatorios. Los precios predatorios en este periodo eran tomados muy en serio por las Cortes. Un ejemplo es el famoso caso de Standard

Oil of New Jersey vs. United States²⁰⁸. En el caso Standard Oil se emitió quizás el más importante de los primeros pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en materia de derecho “antitrust”.

En 1870 John D. Rockefeller, William Rockefeller y Henry M. Flager empezaron a adquirir todos los oleoductos, las refinerías de petróleo y las industrias de productos refinados, lo que le permitió a la compañía imponer el precio del petróleo crudo en Cleveland, Ohio. Además, la compañía recibía tratamiento preferencial en el transporte del petróleo por vías férreas. Se demandó a Standard Oil por realizar rebajas de precios para sacar a los pequeños competidores del mercado: se demandó por monopolizar el mercado a través de prácticas predatorias. A raíz de esto, la compañía se desmanteló bajo una modalidad fiduciaria.

Posteriormente, la compañía adquirió muchos de los oleoductos ubicados fuera de las áreas de producción del crudo, llegando a controlar el 90% del negocio de producción, transporte, refinería y ventas de petróleo y productos derivados del petróleo en los Estados Unidos de Norteamérica. La compañía fue demandada nuevamente, por el Gobierno de Estados Unidos de Norteamérica, por violación de los artículos 1 y 2 de la “Sherman Act”. El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia, quien analizó el caso bajo la regla de la razón y determinó que la restricción a la competencia era ilegal bajo el artículo 2 de la “Sherman Act”. La

²⁰⁸ Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States 221 U.S. 1 (1911).

Corte afirmó que la monopolización basada en rebajas locales de precios (precios predatorios) era necesariamente una conducta dirigida a suprimir a la competencia^{209 210}.

En esta época hubo otros casos como el de *United States vs. American Tobacco*, y el de *United States vs. U.S. Steel Corporation*. En el caso *United States vs. American Tobacco*²¹¹, la Corte analizó a la industria del tabaco, donde los grandes productores estaban burlando guerras de precios con competidores para forzarlos a vendérselos a las grandes compañías o sacarlos del mercado. En un resultado similar al de *Standard Oil*, la Corte encontró un propósito dañino y una asociación ilegal.

Y en el caso de *United States vs. U.S. Steel Corporation*²¹², la Corte encontró que el tamaño de la corporación no era un factor determinante en encontrar a un monopolio, pero que ahí debía haber prácticas injustas, como precios predatorios, para encontrar una violación a la "Sherman Act". La Corte encontró que la pura malicia no era suficiente para argumentar un caso de "antitrust".

²⁰⁹ LYTLE K., Archie. Op. cit., p.2.

²¹⁰ En el famoso estudio del economista John McGee denominado "Predatory price cutting: The Standard Oil (N.J.) Case" publicado en el 1 *Journal of Law and Economics* 137 en abril de 1958, el autor demuestra que la Standard Oil no monopolizó el mercado de petróleo crudo a través de precios predatorios.

²¹¹ *United States vs. American Tobacco* 221 U.S. 106 (1911).

²¹² *United States vs. U.S. Steel Corporation* 251 U.S. 417 (1920).

Antes de 1960 los precios predatorios se basaban en un análisis de sus efectos sobre los competidores, pero no había un estándar económico.

13.1.2. De 1967 a 1986. De 1967 a 1986 sólo un caso importante de precios predatorios fue juzgado por al Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, este es el caso de Utah Pie vs. Continental Bakery²¹³.

Utah Pie, un vendedor de pasteles congelados en la ciudad de Salt Lake City demanda a tres panaderías "bakeries" nacionales: Continental Baking, Carnation Milk, y Pet Milk, alegando que habían ingresado al mercado e incrementado su cuota de mercado a través de precios predatorios.

Se demostró que Continental Baking (el competidor más grande), vendía sus productos por un menor precio en Salt Lake City, que en los otros mercados y que el precio era menor al costo directo más la asignación por gastos generales.

Utah Pie alegó que las rebajas de precios contribuyeron a un "decaimiento drástico de la estructura de los precios", que redujo su cuota de mercado en un 45% (durante el mes 44 de "guerra de precios"), que antes era del 66.5%. No obstante, Utah Pie obtuvo ganancias a lo largo del periodo y su volumen de ventas creció.

²¹³ Utah Pie vs. Continental Bakery 386 U.S. 685 (1967).

La Corte falló a favor de Utah Pie y encontró que el perjuicio a la competencia fue la reducción en el precio a los consumidores. La Corte Suprema falló a favor del demandante, no obstante la evidencia de que las ventas del demandante crecieron durante el periodo relevante. En efecto, se demostró que todas las empresas obtuvieron beneficio y el público se benefició por el incremento de la competencia, en razón a la baja en los precios.

La Corte condenó a Continental Baking por haber realizado precios predatorios. En el fallo no se define específicamente las ventas "por debajo de costo", pero se sugiere que el costo total medio es el parámetro apropiado. La Corte encontró que hubo "intento de predación". Y dijo que los casos sobre precios predatorios se caracterizaban por el gran tamaño de la empresa acusada como predatora, la discriminación geográfica, las ventas por debajo de los costos promedios totales y el intento de predación, como ánimo o conducta encaminada a dañar a los competidores.

La Corte cayó en el error de interpretar la ley como si ésta tuviera el objeto de proteger a los competidores, en lugar de proteger a la competencia. Hubo serias críticas al fallo de la Corte en el caso de Utah Pie, se censuró por haber fracasado en articular un estándar general y claro, sobre la medida de los costos en el análisis de precios predatorios. En efecto, la decisión Utah Pie es el primer fallo en el derecho antitrust en los Estados Unidos de Norteamérica en el que se analiza, en concreto, la conducta de precios predatorios o ventas por debajo de costos. Y aunque la Corte fracasó en reconocer un análisis económico moderno

para los precios predatorios, este fallo fue el modelo sobre esta conducta, por lo menos durante una década²¹⁴.

13.1.3. De 1986 en adelante. Como lo vimos en la parte general, en esta época, el derecho "antitrust" norteamericano se caracterizó porque los fallos estuvieron influenciados por la escuela de Chicago, que dice que las leyes antitrust se crearon para proteger a la competencia, no al competidor.

En esta época la Corte Suprema de Justicia emitió el famoso fallo de Matsushita Electric Industrial Co. vs. Zenith Radio Corp.²¹⁵ En este caso, unas compañías americanas que fabricaban y vendían televisores demandaron a 21 productores japoneses de equipos electrónicos, en especial televisores, por vender en el mercado norteamericano sus productos pérdidas durante más de 20 años, con el fin de sacar a los productores estadounidenses del mercado. Se dijo que los productores japoneses cobraban precios supra-competitivos en Japón para subsidiar los precios predatorios cobrados en los Estados Unidos de Norteamérica. Se denunció que esta práctica se venía desarrollando desde los años 50's y había continuado hasta la década de los 80's.

La Corte consideró, en primer lugar, que no era lógico ni había justificación alguna de que los japoneses incurrieran en pérdidas tan elevadas por un periodo tan largo

²¹⁴ LYTLE K., Archie. Op. cit., p. 3.

²¹⁵ 475 U.S. 574, (1986).

de tiempo, sin tener las posibilidades aparentes de obtener algún éxito. La Corte dijo que en los casos de precios predatorios, las pérdidas en el corto tiempo están definidas, pero las ganancias futuras dependen del éxito en la neutralización de la competencia. Entonces, no resulta suficiente el tener poder de monopolio, ya que el precio monopolístico puede generar una rápida entrada de nuevos competidores interesados en participar en el exceso de ganancias. El éxito de la predación depende de la capacidad de mantener el poder de monopolio por el periodo de tiempo suficiente como para recuperar las pérdidas en que incurrió el predador y obtener además unas ganancias adicionales. El predador deberá hacer una inversión sustancial sin tener la seguridad de recibir pago por su inversión. Dice que por esta razón, existe un consenso entre los comentaristas de que los precios predatorios son raros, y más aún raro su éxito.

Dijo también la Corte que únicamente los verdaderos precios por debajo de costo serían tratados como predatorios, pues las rebajas de precios con el objeto de agrandar el negocio son la esencia de la competencia. El efecto excluyente de los precios sobre una medida relevante de los costos, refleja una estructura de bajos costos de la empresa acusada como predadora (economías de escala), y esto representa una competencia basada en los méritos. Está en la habilidad del Tribunal controlar, sin juzgar los precios legítimos. Decir que las leyes “antitrusts” protegen a los competidores de la pérdida de beneficios en razón a dicha competencia de precios, puede volver ilegal la decisión de una empresa de bajar los precios en orden a aumentar su cuota de mercado: Y las leyes “antitrust” no quieren este perverso resultado.

Sostuvo, igualmente que se requiere evidencia directa que excluya la posibilidad de que la conducta sea producto de un comportamiento competitivo normal. Y se exige la prueba de unas pérdidas significativas para sancionar a la empresa.

Tenemos también el caso de Brooke Group Ltd vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.²¹⁶ El mercado de productores de tabaco era una industria concentrada, dominada por seis empresas. En 1980, Liggett (una de esas seis empresas) lideró un segmento económico del mercado del tabaco, desarrollando una línea genérica de cigarrillos que ofrecía a precios un 30% por debajo de los precios de los cigarrillos de marca. En 1984, los cigarrillos genéricos ya habían capturado el 4% del mercado de los cigarrillos de marca.

Brown & Williamson entró a competir en ese segmento del mercado en una guerra de precios contra Liggett. Liggett demandó a Brown & Williamson por desarrollar una estrategia de precios predatorios, al vender a pérdida (precios por debajo de costos) los cigarrillos genéricos, para presionar a Liggett a subir los precios de los cigarrillos genéricos, restringir así el crecimiento de ese segmento del mercado de tabaco y preservar los beneficios supracompetitivos que Brown & Williamson tenía sobre los cigarrillos de marca.

²¹⁶ 509 U.S 209 (1993).

La Corte dijo, que en un caso de precios predatorios se debía probar: (i) Que los precios estaban por debajo de una medida apropiada de los costos de la empresa y (ii) Que el competidor tenía una posibilidad razonable de recuperar la inversión en los precios predatorios. Dijo que si no hay recuperación, -así los precios predatorios generen dolorosas pérdidas-, esta práctica produce precios agregados más bajos en el mercado, lo cual aumenta el bienestar de los consumidores. Para que haya una recuperación, el precio debe ser capaz de producir los efectos buscados sobre las firmas competidoras (exclusión del mercado). Esto requiere de la demostración de la duración de la predación, de la fuerza financiera relativa del predador y sus víctimas, y de la intención de la empresa. El demandante debe demostrar que el predador, luego de realizar su práctica predatoria, va a aumentar los precios a un nivel supracompetitivo suficiente para compensar el monto gastado en la predación. La Corte dijo que la evidencia de los precios por debajo de costos no es suficiente para probar las recuperaciones probables y el daño a la competencia. Finalmente, se determinó que la estructura del mercado no permitía a la acusada recuperar las pérdidas ocasionadas por la predación y sin posibilidad de recuperación no se sancionan los precios por debajo de costo: no hay precios predatorios.

Y hay un interesante caso sobre precios predatorios en una corte estatal de apelación: El caso *Poultry Farms, Inc. vs. Rose Acre Farms, Inc.*²¹⁷ El caso involucraba una guerra de precios entre productores de huevos. Los economistas

²¹⁷ 881 F. 2d 1396 (7th Circuit, Easterbrook, Judge, 1989).

de la parte demandante testificaron en juicio que los precios de los demandados estuvieron por debajo de los costos totales promedio y debajo de los costos variables promedio durante un periodo de tiempo. Además, acompañaron como evidencia del intento de predación numerosos documentos que contenían afirmaciones tales como “lo vamos a sacar del negocio. Sus días están contados”, etc.

La corte de apelación, reconociendo que la aplicación de los tests de precios y costos (el elemento objetivo de los precios predatorios) es difícil, entró a considerar en primera instancia la posibilidad de que el predador recuperara los costos incurridos durante la predación.

Dijo que los precios predatorios son una inversión en un futuro monopolio, un sacrificio actual, para un beneficio futuro. Y para que la practica sea sancionada, la inversión de la empresa "predadora" debe poder ser recuperada: Si el precio monopolístico luego se hace imposible, el bajo precio no podrá considerarse como predatorio y los consumidores serán los beneficiarios "ambiguos" de la práctica, sin importar que el precio haya estado por debajo de los costos de producción. Esto, porque el derecho "antitrust" fue creado para proteger a los consumidores, no a los competidores.

La Corte considera que, debido a que la determinación de la posible recuperación es más fácil que el examen de los precios y los costos, sugiere hacer el examen de recuperación primero. Si la recuperación es imposible, entonces no debe

realizarse el laborioso examen de precios y costos. Esto es, sólo si la estructura del mercado hace la recuperación posible, la Corte entrará a analizar la relación entre precios y costos²¹⁸.

Actualmente las cortes hacen primero el análisis de recuperación, antes del de precios y costos, por ser éste más sencillo. Y, si la estructura del mercado hace que la recuperación sea posible, ahí entra la Corte a analizar la relación entre los precios y los costos.

13.2. EN CANADÁ.

En Canadá sólo tenemos un caso importante sobre precios predatorios, el caso R. vs. Consumers Glass Co. Ltd. and Portion Packing²¹⁹

Portion Packing era la única empresa canadiense que suministraba tapas de plástico para tasas, que fabricaba a gran escala (volumen). En Canadá bajó el volumen de las ventas. A pesar de esto, Portion mantuvo la capacidad de utilización de su planta y para compensar los sobrecostos, se fue a vender sus productos a los Estados Unidos a precios que resultaron inferiores al costo medio total, pero superiores al costo variable medio. Ante la baja demanda de su producto en Canadá, Portion planeó eventualmente abandonar el mercado. Se

²¹⁸ CALVANI, Terry. Ob. cit.,

²¹⁹ R. Vs. Consumers Glass (1981).

determinó que no hubo un incremento subsiguiente de los precios, por parte de Portion, quien finalmente terminó abandonando el mercado.

La Corte encontró que Portion fijaba los precios por encima del costo medio variable durante todo el tiempo, y adoptó el test Areeda Turner. Se concluyó que los precios no eran irrazonables, pues en este caso había un exceso crónico de capacidad y no hubo evidencia que indicara que el acusado no estaba minimizando pérdidas.

La pregunta se enfocó en si los precios eran o no irrazonablemente bajos. No se estableció cuál es la comparación apropiada entre precio y costo para los propósitos de determinar la irrazonabilidad. Pero la Corte encontró que los precios del acusado fueron durante todo el tiempo mayores que el costo variable promedio (pero inferiores al costo variable total). Adicionalmente, la industria estaba sufriendo pérdidas mínimas, razón por la cual la Corte se abstuvo de condenar²²⁰.

13.3. EN LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA.

En el derecho comunitario existe un importante fallo que involucra precios predatorios, el caso ECS vs. AKZO²²¹.

²²⁰ CANADA. DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH. COMPETITION ACT. Op. cit, p. 10 y ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Op. cit, p. 49.

²²¹ Asunto 62/86, sentencia de julio 3 de 1991. Tomado de BELLAMY, Christopher y GRAHAM, Child. Op. cit, p. 538 y ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT Op. cit, p. 70 y ss.

ECS era una pequeña empresa que suministraba peróxido benzóico como aditivo para la molienda de harina en el Reino Unido e Irlanda. Sin embargo, el uso principal del peróxido benzóico es como materia prima para la fabricación de plásticos. ECS había vendido tradicionalmente peróxido benzóico como aditivo para la harina en el Reino Unido, pero en 1979 comenzó a venderlo a productores europeos de plásticos.

El mayor competidor de ECS, tanto en el mercado de peróxido benzóico como aditivo para la molienda de harina, como en el mercado de fabricación de plástico, era AKZO Chemie, con una cuota de participación del 50% en el mercado de aditivos para harina en el Reino Unido y del 35% en el mercado de fabricación de plástico en toda Europa.

El problema entre las dos empresas comenzó cuando ECS ingresó al mercado de plásticos en Europa. En efecto, AKZO amenazó a ECS con expulsarlo del mercado de los aditivos de harina si no dejaba de vender peróxido benzóico para aplicaciones de plástico. Simultáneamente AKZO ofreció a los clientes de ECS de peróxido benzóico como aditivo para la harina, su producto a precios rebajados.

La Comisión pudo demostrar que determinados documentos de AKZO "demostraban una intención firme de castigar, y si ello era necesario, eliminar a ECS atacando su base en aditivos para harina como represalia por su expansión en el sector de plásticos". La Comisión sostuvo que la conducta comercial y de

precios de AKZO tenía la intención de dañar a ECS y eliminarlo del mercado, lo que constituía un abuso de posición dominante, de acuerdo con el artículo 86 del Tratado de Roma.

AKZO argumentó que su conducta no había sido abusiva, ya que sus precios siempre habían estado por encima de sus costos variables y por ello las ventas siempre habían producido un beneficio.

La Comisión no adoptó el Test Areeda Turner, propuesto por AKZO y señaló que, aunque el análisis de los costos del agresor era importante, este era solo uno entre otros factores a la hora de juzgar la cuestión del abuso.

Después de 5 años, el Tribunal de Justicia Europeo confirmó la decisión de la Comisión. El Tribunal dijo, en primer lugar, que el artículo 86 del Tratado de Roma prohíbe a una empresa con posición dominante, que influye en la estructura de mercado (cuyo grado de la competencia ya está debilitado), comportarse a través de medios distintos de los que rigen la competencia normal. Dijo que no toda competencia basada en los precios puede considerarse legítima.

Define a los precios predatorios o abusivos como aquellos precios inferiores al promedio de los costos variables (pues el único interés de esta empresa será eliminar a los competidores para elevar los precios en el futuro). Dijo que los precios inferiores al promedio de los costos totales (que comprenden los costos fijos y los costos variables), pero superiores al promedio de los costos variables,

deben considerarse como abusivos cuando se fijan en el marco de un plan que tenga como objeto la eliminación de un competidor, como sucedió en este caso.

Cuando una empresa con posición dominante en el mercado concede rebajas especiales o descuentos a cambio de asegurarse la totalidad de los pedidos o de una proporción importante de los mismos de sus clientes, esa conducta tiene el efecto de excluir a terceros. Y estas rebajas o descuentos infringen la norma, en ausencia de una justificación objetiva.

En este caso, el Tribunal estableció una presunción *iuris et de iure* de predación para los precios inferiores al costo variable promedio y una presunción *iuris tantum* para los precios superiores al costo variable medio, pero inferiores al costo total medio²²².

Por su parte, en el caso Hoffman – La Roche, se examinó la política de ventas de la empresa. Y se llegó a la convicción de que la política de la compañía estaba diseñada para limitar la entrada de competidores al mercado. La Corte estableció que si un artículo se vende por encima del costo nunca puede considerarse como irrazonable. Igualmente dijo que no se puede inferir de las simples relaciones entre precios y costos si un precio es excesivamente bajo, y se debe mirar el propósito o la intención, ya que pueden existir numerosos factores para que el precio de un producto o servicio sea inferior al costo.

²²² ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución 412 – expediente 412/97 del 21 de enero de 1999. BT/TELEFONICA.

En este caso, que no resumo en esta oportunidad, la Corte encontró que la política de precios del demandado estaba “diseñada” a ser predatoria por la magnitud de las “rebajas de precio” y las enormes pérdidas incurridas. Hubo numerosos documentos de la empresa en los cuales se desprendía la intención de la empresa de restringir la competencia. Además la empresa no logró justificar la rebaja de los precios. La evidencia circunstancial obtenida, fue suficiente para determinar el intento de predación. La Corte señaló, que son múltiples los factores que deben analizarse cuando se trata de una ofensiva de precios predatorios, y que estos factores no deben estudiarse de manera exclusiva ni excluyente, todos están relacionados y son interdependientes. Igualmente, se debe mirar el contexto en el cual se aplican los bajos precios.

13.4. EN EL DERECHO LATINOAMERICANO.

13.4.1. Venezuela. En Venezuela tenemos un caso de precios predatorios de Transporte Maquigas S.R.L vs. TRACCA y TRANSCYCA.²²³

En un proceso de licitación para la transportación de combustible de aviación desde la planta de distribución de Bajo Grande, Estado de Zulia, hasta el aeropuerto San Antonio de Táchira, Estado de Táchira, resultaron seleccionadas

²²³ VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° SPPLC/010-97 del 19 de mayo de 1997.

las empresas TRANSRUSA, TRACCA, TRANSCYCA y TRANSPORTE MAQUIGAS. La licitación la ganó TRACCA. Transporte Maquigas denunció que la empresa ganadora de la licitación y TRANSCYCA ofertaron por debajo de los costos efectivos de transportación en el acto de licitación, lo cual afectaba la permanencia en el mercado de Transporte Maquigas, ya que casi la totalidad de los activos de tal empresa son específicos para la transportación de combustibles de aviación JET-A1.

Procompetencia utiliza como indicio indicativo de la estrategia de una empresa en la aplicación de los precios predatorios, que dicho agente posea un poder financiero que le permita durante el tiempo de la predación cubrir los enormes gastos en los que incurriría al reducir los precios por debajo de sus costos. Y esto es así, porque de no poseer los recursos necesarios, el agente no podría llevar a cabo la práctica y mantenerla durante el tiempo necesario, a fin de obtener el resultado esperado: impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de un competidor. Dice que el poder de la empresa es un elemento indispensable para detectar la configuración de la práctica.

La actuación a través de la cual un agente realiza la práctica predatoria conlleva una rebaja en los precios de su producto por debajo de sus costos variables medios durante periodos prolongados de tiempo, lo cual implica, desde el punto de vista económico, que está actuando por debajo de los niveles que le permiten actuar rentablemente en el mercado. Y la intención de excluir o impedir la entrada de sus competidores al mercado, se basa en el conocimiento que tiene la firma de

su gran poder de mercado, y que le permite influir en el normal desenvolvimiento del mismo.

Es este caso la Superintendencia dijo que en el proceso de licitación es difícil comprobar que alguna de las empresas participantes tenga poder de mercado o poder financiero en el sector de transporte de combustible, en general.

Y por otra parte, como la estrategia de precios predatorios implica que la firma dominante incurra en pérdidas mientras mantiene sus precios por debajo de los costos, con el fin de excluir a sus competidores del mercado, esta firma debe tener la posibilidad de sacar a sus competidores y ser luego capaz de aumentar los precios sin restricciones legales a un nivel monopólico (que le permita recuperar las pérdidas sufridas durante la práctica). En este caso la recuperación no era posible, ya que el precio del servicio de transporte quedaba establecido en el proceso de licitación. Entonces, ofrecer un flete por debajo de costos para luego no poder aumentarlo suficientemente para recuperar las pérdidas, no responde a ninguna estrategia económica lógica y por lo tanto la práctica de precios predatorios no se configura.

Tras el análisis de costos de la empresa TRACCA Procompetencia concluyó que el grado de eficiencia de la empresa se reflejaba principalmente en sus costos y por lo tanto, los precios ofrecidos en la licitación no correspondían a una estrategia de precios predatorios, y dijo que si una firma es más eficiente que las otras, es

viable que sus precios estén por debajo de los costos de las otras. Por lo tanto no sancionó ni a TRACCA ni a TRANSYCA por la conducta de precios predatorios.

Respecto a la conducta de precios predatorios, considera que es una práctica poco común y las probabilidades de que una empresa incurra en ellas, muy bajas. Pero sin embargo, existen diversas razones por las cuales una empresa aplicaría una estrategia de predación, entre ellas:

- Que la firma considere que es su mejor estrategia, entre otras (desarrollo de nuevos productos, inversiones dentro de la empresa, adquisición de activos), que le da la mejor combinación bajo riesgo – alto rendimiento.
- Por la reputación que la firma pudiera establecer en un mercado, si en otro mercado utiliza la estrategia de predación. Puede que la firma predatora pertenezca a varios mercados y por lo tanto, enfrente un influjo entrada de competidores potenciales en cada uno de ellos. Entonces, si la empresa utiliza la estrategia de amenaza creíble de predación en un mercado, puede detener las entradas potenciales en otros mercados.
- Por el beneficio que puede obtener la firma predatora, al debilitar a la empresa víctima de la predación si pensara en concretar una operación de fusión.

- Porque la firma tiene certeza del ejercicio futuro del poder monopólico, ya que si la empresa tiene poder de mercado y además sabe que existen altas barreras de entrada, al eliminar a sus competidores puede lograr establecer un monopolio en el mercado y disfrutar los beneficios que esta situación ofrece.

13.4.2. Argentina. **En Argentina tenemos el caso de Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados Mayoristas Makro S.A.**²²⁴

La Cámara Argentina de Papelería, Librerías y Afines, una sociedad civil sin ánimo de lucro, actuando en defensa de los intereses de los comerciantes minoristas denunció a Supermercados Mayoristas Makro S.A., un supermercado que vende una amplia gama de bienes tanto a nivel mayorista como minorista y una participación en el mercado del 7%, por ofrecer, entre otros productos, unas hojas de repuesto por debajo del precio de lista del fabricante, lo que significaba que Makro vendía el paquete por debajo de costo. Se alegó una política de precios predatorios y que las ofertas de Makro se realizaban "con el objeto de eliminar competidores, pequeños comerciantes, para asegurarse en el futuro un mayor poder monopólico, lo que permitiría fijar precios superiores a los de competencia y obtener beneficios extraordinarios".

²²⁴ ARGENTINA. SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR. Expediente N° 064-000962/97 (c.405).

La vigencia de la oferta de Makro fue de 15 días. Makro dijo que vendía tantos productos, que la participación de mercado de cada uno de esos productos era ínfima y que una oferta limitada en el tiempo a 15 días no puede distorsionar el comercio o la competencia, y por el contrario, esta oferta benefició a los consumidores.

La Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor utilizó la metodología diseñada por Joskow y Klevorick, que como vimos en el punto N° 12.8.5 se divide en dos etapas: 1. En la primera se examina la estructura del mercado para determinar si es susceptible de una predación de precios exitosa, donde se analizan las barreras de entrada; y luego 2. Si se encuentra que hay barreras de entrada al mercado, se realiza el test basado en costos y precios.

Se concluyó que la práctica no era posible por las siguientes razones: 1) el periodo de tiempo durante el cual se vendió por debajo de costo fue muy corto (15 días), razón por la cual la práctica no distorsionó el mercado durante este plazo, ni con posterioridad al mismo. 2) Makro tenía un muy escaso poder de mercado, pues representaba tan solo el 9% del mercado de los siete supermercados que más facturan en Argentina. Y la participación de Makro en la venta de los repuestos de hojas era solamente del 1%, ya que en ese mercado compite no sólo con supermercados, sino con las papelerías y librerías, lo cual disminuye aún más su poder. Esta venta por debajo de costos permitió inferir que la práctica fue utilizada como sustituto de la publicidad. 4) Además el mercado no tenía barreras de entrada.

13.4.3. Colombia. Ha habido un caso importante sobre precios predatorios fallado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año de 1995, este es el caso de la fosforera Fonandes²²⁵. No obstante, a la fecha de presentación de este trabajo están cursando otros procesos relacionados con denuncias por aplicación de precios predatorios, en el sector de telecomunicaciones y en el mercado de conos de galleta para helados.

Veamos los hechos relevantes en el caso de Fonandes: A principios de la década de los 90's, en el pasado siglo, en razón de la apertura económica, una empresa multinacional de fósforos española (el Grupo Fierro) ingresó al mercado nacional y construyó una fábrica.

El mercado de fósforos en Colombia estaba conformado por varias Pymes (pequeñas y medianas industrias), la mayoría ubicadas en Manizales. Estas empresas dijeron que la compañía española, al ingresar al mercado colombiano de fósforos, empezó a comprar las marcas e intentó comprar todas las empresas del mercado nacional. Que el grupo Español Fierro, en dos años, se apoderó del 70% del mercado del fósforo en Colombia.

²²⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Resolución N° 1264 del 7 de septiembre de 1995, que ordena la apertura de investigación y Resolución N° 1097 del 7 de junio de 1996, que cierra la investigación.

Los productores de fósforos nacionales denunciaron a Fonandes por vender y realizar ofertas dirigidas a sacarlos del mercado. En efecto, se dijo que Fonandes utilizó el sistema de ventas denominado 2 x 1 que consistía en distribuir dos cajas de fósforos por el precio de una, lo que equivale a un descuento del 50% sobre el valor facturado, aplicado de forma permanente y sostenido desde enero de 1995, sin indicación de la fecha hasta la cual iba a ser válido el ofrecimiento.

La Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación por presunta violación al artículo 1 de la ley 155 de 959, al artículo 48 y 46 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, resulta curioso que en esta resolución no se haya citado el artículo 50 N° 1 del Decreto 2153 de 1992, que como vimos, contiene la presunción de abuso de la posición dominante por aplicación de precios predatorios.

En junio de 1995, Fósforos el Rey era la única empresa nacional que quedaba en el mercado y en noviembre de 1995 cerró operaciones. Se observó que Fonandes aumentó su participación en la industria fosforera del 32% en junio de 1994, al 49% en diciembre de 1994 y al 53.6% en junio de 1995, tras la eliminación de varios de sus competidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio estableció que Fonandes no había infringido las normas sobre competencia por las siguientes razones:

- No hubo precio predatorio, porque el sistema de ventas 2 x 1 representó el 5.71% del total de ventas y porque hubo una utilidad bruta razonable.

En efecto, el sistema 2 x 1, se utilizó únicamente durante los primeros 4 meses de 1995, y correspondió al 5.71% del total de las ventas de Fonandes. Al comparar los costos de producción, incluyendo el costo generado por las promociones con el precio de venta al distribuidor, resultó una utilidad bruta razonable, razón por la cual no hubo precios predatorios.

Sin embargo, la Superintendencia no explica qué costos deben ser tenidos como referencia para la identificación de los precios predatorios, no dice si los costos totales, los totales medios, los variables medios, los marginales, los de costo plazo o los de largo plazo. De los análisis de costos realizados por la Superintendencia, se desprende que únicamente se cruzaron costos de producción (no se dice cuáles) con el precio de venta.

- La estructura de costos de la empresa obedecía a la avanzada tecnología, lo cual le daba una ventaja comparativa Fonandes, que le permitió hacer esta clase de promociones.

La Superintendencia observó que debido al gran avance tecnológico, la empresa redujo su estructura de costos, lo cual le generó una ventaja comparativa y le permitió realizar promociones tales como la venta de 2 x 1, sin que estas promociones constituyeran ventas por debajo de los costos de

producción y por lo tanto, sin incurrir en precios predatorios. En efecto, se demostró que Fonandes tenía una estructura costos mucho menor a la de sus competidores desaparecidos: En el proceso de elaboración de fósforos se vio un alto nivel de eficiencia y aprovechamiento de los recursos utilizados, lo cual se refleja en disminución de los costos de producción (menores costos totales). La empresa tenía igualmente una amplia red de distribuidores.

- Igualmente dijo que el mercado de fósforos se reorganizó, porque hay altísimos niveles de competitividad.

El mayor nivel de competitividad alcanzado por esta empresa le permite lograr un posicionamiento en el mercado, sin que esto implique la existencia de prácticas restrictivas. Es así como el mercado se reorganiza y las empresas menos eficientes se ven abocadas a reestructurarse o a desaparecer del mismo.

Dijo que no es obligación de las empresas producir con los mismos márgenes de utilidad que sus competidores, para que éstos no se vean afectados por los resultados de una agresiva política comercial que haga disminuir sus utilidades, y que eventualmente los obligue a reestructurarse o a salir del mercado.

Lo que resulta sobresaliente en este fallo es que la Superintendencia no estudió el tema de posición de dominio en el mercado, antes de entrar a analizar la conducta de precios predatorios. Parece que da por sentado que Fonandes tenía posición

dominante en el mercado nacional de fósforos. Sin embargo, en ninguna parte lo menciona.

CONCLUSIONES

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El bien jurídico protegido por el derecho de la competencia es, esencialmente, la maximización del bienestar de los consumidores. El Estado debe garantizar a los consumidores su libre escogencia y acceso a los mercados, para que allí puedan escoger bienes y servicios de buena calidad, a bajos precios (artículo 2 del Decreto 2153 de 1992). Y el bienestar de los consumidores se logra mediante la protección de los mecanismos de mercado.

En primer, lugar el Estado debe asegurar a las empresas la libertad de acceso al mercado, esto es, que ellas puedan participar libremente en los mercados, salvo las excepciones legales (art. 2 del Decreto 2153 de 1992).

En segundo lugar, el Estado debe garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades para competir (artículo 74 de la Constitución Política). Esta garantía refleja uno de los presupuestos básicos de una economía de mercado capitalista: se deben brindar las garantías para que todos los competidores tengan igualdad de oportunidades para acceder al mercado y competir en él. Así es como

se protege el proceso de competencia. Entonces, las empresas entran a competir en igualdad de condiciones, y, en principio, el competidor que ofrezca bienes y servicios de una mejor calidad a un menor precio que los demás, será quien triunfe en la contienda.

En este entendido, el derecho a la igualdad de oportunidades promueve la eficiencia en la producción, que es otro de los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia (artículo 2 del Decreto 2153 de 1992). Con base en el derecho a la igualdad, el Estado respeta y protege a la empresa que gane el favor de los compradores, por lo que si ésta crece con base en una eficiencia superior, no se le castigará. Y al incentivarse la eficiencia, que implica una reducción en los costos de producción y una mejor utilización de los recursos productivos, ésta termina reflejada en un menor precio y una mejor calidad de los bienes y servicios. Todo lo cual beneficia a los consumidores. Por lo tanto, es de la esencia de la competencia, que si en la disputa entre competidores, alguno de ellos es menos eficiente que otros, se vea obligado a salir del mercado.

LO QUE CASTIGA LA LEY AL PROHIBIR LOS PRECIOS PREDATORIOS

Ya habiendo analizado la conducta de precios predatorios, me propongo explicar qué es lo que la normas castigan con su prohibición. Como lo vimos en el punto anterior, la ley no castiga los efectos de la conducta en el mercado, porque la eliminación de los competidores es una consecuencia natural de la competencia

legítima basada en méritos, siempre y cuando esta exclusión sea provocada en razón a una mayor eficiencia de la empresa que elimina a las demás.

Tampoco se castiga la intención de la empresa "predadora", porque la intención es la misma que la de la libre y leal competencia: destruir y debilitar a los competidores y prevalecer en el mercado relevante.

La ley castiga los medios o procedimientos utilizados por la empresa con posición de dominio. En efecto, el único método legítimo para excluir o impedir la entrada de los competidores a un mercado, es por medio de la mayor eficiencia. Con base en la eficiencia, la empresa puede eliminar a los competidores y su conducta no será sancionable, pues esta eficiencia se traduce en la producción de bienes de mejor calidad a bajos precios, lo cual beneficia a los consumidores. Pero, si la empresa elimina a un competidor o impide que éste ingrese al mercado, por medios diferentes a la eficiencia en la producción, como por ejemplo los precios predatorios, se viola la ley.

Los medios o procedimientos "predatorios" que utiliza la empresa se reflejan tanto en los análisis de costos (elemento objetivo de los precios predatorios), como en el análisis de la intención de la conducta (elemento subjetivo de los precios predatorios).

LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA LA PRÁCTICA

A pesar de las críticas de reconocidos tratadistas sobre la posibilidad de existencia la práctica de precios predatorios, considero que ésta es posible y puede resultar lucrativa en algunos mercados, aunque no en todos. En efecto, los precios predatorios son de rara ocurrencia, porque involucran grandes pérdidas para la empresa "predadora" y no todas las estructuras de mercado permiten que ésta pueda recuperarlas posteriormente. Únicamente podrán existir precios predatorios en mercados concentrados, con altas barreras de entrada. Y como ejemplos de este tipo de mercados en Colombia están algunos mercados de telecomunicaciones y el mercado portuario.

LOS PRECIOS PREDATORIOS SON NECESARIAMENTE UNA MODALIDAD DE ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Los precios predatorios sólo pueden ocurrir en un mercado de competencia imperfecta donde exista una empresa con posición dominante. Esto, en razón a que la empresa debe tener la capacidad de afectar unilateralmente los precios y mantenerlos por debajo del nivel de precios competitivo por un periodo de tiempo suficientemente largo, que genere la exclusión de sus competidores del mercado. Y que luego, esta empresa debe tener la posibilidad de recuperar las pérdidas incurridas durante la práctica.

Los precios predatorios tienen una razón que justifica económicamente la conducta: el objetivo de la empresa es maximizar ganancias en el largo plazo. Cuando la empresa acabe con la competencia en el mercado, venderá su producto a precio monopolístico y el cobro de un precio semejante, sólo puede ser realizado por una empresa con posición dominante, que determine las condiciones del mercado, esto es, los precios y las condiciones de venta de los productos y servicios.

Si una empresa sin posición de dominio en un mercado vende sus productos por debajo de costos, esta venta no va a afectar ni la estructura del mercado, ni a los competidores, ni a los consumidores. La condena o castigo a un precio por debajo de costo, está dirigida únicamente a las empresas que luego de aplicar este precio, estén en capacidad de imponer un precio monopolístico en el mercado. Y para esto, se requiere que la empresa detente una posición de dominio en el mismo, y que la estructura del mercado le permita recobrar las pérdidas en el futuro. Las rebajas de precios por parte de empresas sin posición de dominio pueden entenderse generalmente como promociones.

LA IDENTIFICACIÓN DE LOS PRECIOS PREDATORIOS

Debido a que no todos los mercados pueden ser objeto de precios predatorios, la investigación dirigida a identificar una conducta de precios predatorios debe

conducirse, en primer lugar, a estudiar si el mercado relevante es susceptible de ser depredado. Si la respuesta es negativa, debe concluirse la investigación, pero si la respuesta resulta positiva, deberá realizarse luego el estudio o test de costos y precios y deberá indagarse la intención de la empresa. Expongo el análisis sugerido:

Estudio del mercado

Estudio del poder de dominio de la empresa. En primer lugar se investiga si la empresa tiene posición dominante en el mercado. Entonces, se estudia a la empresa denunciada y el mercado relevante donde ella actúa: Se delimita el mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico, conforme a las reglas expuestas en la sección I de este trabajo. Posteriormente se examina el poder de la empresa sobre este mercado, principalmente en los siguientes aspectos:

- Concentración y cuota de mercado. Debe analizarse la concentración del mercado y el número de participantes, conforme al índice HHI y la cuota de participación de la empresa en éste. Esto nos permitirá identificar la clase de mercado que se estudia: si se trata de un mercado atomizado y altamente competitivo, de un mercado concentrado u oligopólico, con competencia oligopólica, de un mercado oligopólico colusivo, de un monopolio, de un monopsonio, etc.

- Poder financiero de la empresa. Seguidamente, es importante analizar los recursos financieros de la empresa, pues, el poder financiero de la empresa es indispensable para financiar la conducta de precios predatorios, ya que son estos recursos los que le permiten a la empresa cubrir los enormes gastos en que incurre al reducir los precios por debajo de sus costos. Si la empresa no tiene amplios recursos o acceso a ellos, se hace imposible que pueda llevar a cabo esta práctica y mantenerla durante el tiempo necesario para excluir a sus competidores del mercado.

En el estudio del poder financiero de la empresa resulta importante establecer si ésta pertenece a un grupo empresarial, si tiene altos cupos de préstamos en bancos, etc.

Igualmente, debe analizarse el poder financiero relativo de la empresa, esto es, en comparación con el poder financiero de sus competidores. Pues, la empresa que vende a precios por debajo de costo debe tener un mayor poder financiero o acceso a recursos financieros, que sus competidores. Si los competidores tienen mayores recursos o acceso a recursos financieros que la empresa predatoria, seguramente no abandonarán el mercado antes que ella y por lo tanto la práctica fracasará y no será sancionable.

- Poder de mantenimiento de la empresa. Posteriormente se debe estudiar el poder de mantenimiento de la empresa, que en gran parte, depende de la

cantidad de recursos financieros que ésta tenga para cubrir los gastos en que incurre durante la práctica. El poder de mantenimiento es importante, ya que determina si la empresa puede perdurar en el mercado y sobrevivir a sus competidores. En caso de que la empresa no tenga poder de mantenimiento, y los competidores no perezcan antes que el predador, la práctica habrá fracasado y por lo tanto, no será sancionable.

- Posibilidad de recuperación de las pérdidas. Por último, se debe analizar si la empresa demandada tiene el poder y la capacidad de recuperar las pérdidas en las cuales incurrió con la realización de la conducta de precios predatorios. Debe investigarse si luego de sacar a los competidores puede subir los precios a un nivel superior al competitivo, es decir, cobrar un precio monopolístico. La posibilidad de recuperación de las pérdidas, así como el poder de mantenimiento de la empresa en el mercado dependen, esencialmente, de las barreras de entrada al mercado, que involucra, claro está, a los competidores potenciales que pueden entrar al mercado.

Tanto el poder de mantenimiento, como la posibilidad de recuperación de las pérdidas por parte de la empresa se determinan con el análisis de la estructura del mercado y sus barreras de entrada. Y este estudio ilustrará si el mercado es susceptible de ser depredado. El éxito de la práctica de precios predatorios se obtiene cuando, una vez la empresa logre eliminar a los competidores del mercado, pueda recuperar sus pérdidas. Y son las circunstancias de mercado las que determinan si una predación puede ser exitosa o no. Veamos:

- En un mercado abierto, previamente competitivo y con bajos costos de acceso, es improbable que la práctica de predación pueda funcionar, ya que los costos de la práctica predatoria superarán probablemente las ganancias monopólicas esperadas por la empresa. Esto, en razón a que los mercados competitivos se caracterizan por ser contestables, esto es, de fácil entrada y salida (bajas barreras de entrada). Entonces, la imposición posterior de un precio monopolístico generará incentivos para la entrada de nuevos competidores al mercado, quienes desearán beneficiarse de los precios supracompetitivos, pero que igualmente tendrán la opción de vender a precios más bajos y competir.

En esta perspectiva, los costos de la predación resultan enormes, al igual que las posibilidades de fracaso, ya que la empresa "predadora" no podrá recuperar todas sus pérdidas, pues tendrá que enfrentar a los nuevos competidores. Esto hace que las posibilidades de éxito de la conducta parezcan remotas.

Entonces, en mercados competitivos con bajas barreras de entrada es muy difícil que la empresa pueda mantener su poder de dominio y recuperar las pérdidas en que incurrió. En estos mercados la predación no es posible, porque las entradas fáciles no permiten una compensación futura de los precios predatorios. No importa que tan rica, poderosa grande o mala sea la empresa.

- En un mercado previamente oligopólico, con competencia oligopólica y altas barreras de entrada, puede obtenerse éxito en la predación. Si la empresa con posición dominante puede forzar a sus competidores a seguir su precio "dirigido" y logra eliminarlos, con la imposición posterior de un precio monopólico, la empresa "predadora" podrá apropiarse de todas las ganancias industriales para sí misma, en razón a las altas barreras de entrada. Sin embargo, debe investigarse cada mercado y cada caso en particular.

Los costos de reingreso de los competidores al mercado deben ser suficientemente altos como para permitir a la empresa predadora mantener su participación de mercado ganada por la práctica, durante el tiempo suficiente para obtener las ganancias "extraordinarias" que les permitan compensar, incluso superar con creces las pérdidas en que incurrió durante la práctica. Por eso la predación será más probable en mercados con altas barreras de entrada.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la simetría existente entre la facilidad de entrada y la facilidad de salida del mercado, como lo explica Bork. Esto es, cuanto más fácil sea sacar a una empresa del mercado, más fácil será que una nueva entre al mismo. Y por su parte, cuanto más difícil sea sacarla del mercado, más difícil será que una nueva entre al mercado. Esta relación hace de la predación una práctica muy onerosa. Por eso resulta importante

examinar, en primer lugar, si la empresa goza con un poder financiero que le permita realizar la conducta.

- Las barreras de entrada al mercado. Para que la práctica de precios predatorios pueda resultar exitosa se necesita que existan altas barreras de entrada al mercado. Las barreras de entrada al mercado hacen referencia a las desventajas u obstáculos de los potenciales competidores para entrar a competir en un mercado. Muchas barreras de entrada le dan a la empresa dominante ventajas relativas en los costos. Se deben analizar las siguientes barreras de entrada o acceso al mercado:

- Barreras de entrada legales. Se debe investigar si en el mercado relevante existen monopolios legales; si la firma dominante tiene exención en el pago de impuestos o aranceles; si existen concesiones administrativas otorgadas para operar, como condición para competir, como es el caso de las telecomunicaciones; o si para entrar a competir al mercado se requiere obtener una autorización previa del Gobierno; si la empresa dominante es dueña de patentes de productos o procesos industriales que hacen que la producción de los productos en cuestión sea más eficiente, etc.

- Barreras de entrada económicas. Se debe investigar si la empresa con posición dominante tiene economías de escala, ventajas absolutas en costos y diferenciación de productos en el mercado relevante; si existen altos costos de acceso al mercado; si los costos hundidos o

"irrecuperables" son altos y generan un alto riesgo de inversión, esto es, si la empresa debe realizar altas inversiones de capital en activos fijos en el mercado, que no podrá recuperar si su negocio fracasa, etc.

- Barreras de entrada tecnológicas. Igualmente debe investigarse si existen en el mercado altos costos de investigación y desarrollo de procesos productivos; o hay falta de acceso a la tecnología necesaria para la fabricación del producto o la prestación del servicio.

Todas estas son restricciones que impiden la entrada al mercado a competidores potenciales. Y por lo tanto, debe analizarse y cuantificarse por ellos como un costo o inversión anticipada.

Si de el estudio del mercado relevante se desprende que este reúne las características necesarias para que una conducta de precios predatorios sea exitosa, debe pasarse al análisis de los costos y precios y luego el examen de la intención de la empresa "predadora".

Los costos que se deben tener como referencia

Como se ha mencionado en varias oportunidades, la maximización del productor se obtiene cuando el costo marginal es igual al ingreso marginal. Si el costo marginal supera el ingreso marginal, el productor estará perdiendo dinero. Y si el ingreso marginal sobrepasa el costo marginal, el productor obtendrá una ganancia.

Entonces, hay venta a pérdida cuando el ingreso marginal resulta inferior al costo marginal. Es el costo marginal es el parámetro apropiado para identificar la venta a pérdida.

Sin embargo, como lo mencionaron casi la totalidad de autores citados, existe gran dificultad en la medición del costo marginal en los casos reales, por ello se debe adoptar el parámetro del costo variable medio, propuesto por Areeda y Turner, que corresponde al costo variable de la empresa, por unidad de producción. Entonces:

- Si los precios no cubren los costos variables medios de la empresa en el corto plazo, no existe justificación económica racional para que ésta siga produciendo, ya que no está cubriendo siquiera los costos variables de producción. Por lo tanto, si la empresa con posición dominante en el mercado vende a precios por debajo de sus costos variables medios, debe presumirse el abuso de su posición de dominio por aplicación de precios predatorios.

Esto, a menos de que la empresa logre justificar económicamente su conducta y demuestre que está minimizando pérdidas. En efecto, estos precios pueden tener una justificación económica racional, como cuando se vende inventario perecedero, cuando la empresa está sufriendo un exceso crónico de capacidad, cuando se trata de productos pasados de moda o superados por una generación posterior más tecnificada o cuando la demanda de los productos entre los consumidores haya desaparecido o disminuido

considerablemente, entre otros. Lo importante es que la empresa logre demostrar que está minimizando pérdidas.

- Si los precios cubren los costos variables medios de la empresa, pero son inferiores a los costos totales medios a corto plazo, existe una justificación para que la empresa siga produciendo bajo la expectativa de reducir sus costos a largo plazo²²⁶. Entonces, estos precios no deben considerarse predatorios, salvo que hagan parte de una estrategia de la empresa dominante dirigida a expulsar a los competidores del mercado.
- Y bien, todo precio que cubra los costos medios totales debe ser considerado legal, así implique la expulsión de uno o más competidores del mercado, pues este precio está generando utilidades y seguramente corresponde a la eficiencia en la producción por parte de la empresa dominante.

Es claro que cualquier precio al que le falte pagar una utilidad razonable no es un precio equilibrado y debe mirarse como sospechoso, especialmente en mercados altamente concentrados y en industrias crecientes.

²²⁶ En efecto, la empresa está perdiendo dinero con cada venta, pues no cubre todos sus costos totales medios, pero al cubrir al menos el costo variable medio, tiene la expectativa de cubrir los costos variables medios en el largo plazo, si logra reducirlos por medio de ajustes en sus factores de producción.

La intención o política de ventas de la empresa investigada.

Finalmente, la investigación culmina con el análisis de la intención de la empresa. En efecto, debe haber evidencia del aspecto subjetivo de la conducta, de la intención o política de ventas de la empresa, de donde se infiera el ánimo de excluir a los competidores por medios ilegítimos, como lo son las ventas a pérdida.

La conducta debe reflejar una estrategia de la empresa dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir.

Se debe buscar evidencia sobre si estos precios son parte de una política empresarial y se establecieron por un periodo de tiempo significativo. Igualmente, debe verificarse que no hayan correspondido a un comportamiento defensivo de la empresa a las iniciativas de precios de otras empresas, o a su reacción por el ingreso de otras empresas al mercado. Y que la práctica no corresponda a las llamadas *prácticas usuales del mercado*.

Debe demostrarse que la magnitud de las rebajas de precio no tienen una justificación económica. Y la práctica sólo debe ser sancionada en el caso que se demuestre que no es racional, esto es, que tenga efectos nocivos para los consumidores en el largo plazo.

En efecto, la conducta de vender a un precio por debajo de los costos debe tener una justificación económica racional para no ser ilegal. Por lo tanto, la empresa podrá defenderse y demostrar la justificación económica de la conducta demostrando que estaba minimizando pérdidas o enfrentando a un nuevo competidor, o respondiendo a una guerra de precios, bien porque se trató de una venta de productos perecederos o, de la venta productos pasados de moda o superados por una generación posterior más tecnificada o, que el bajo precio obedeció a que la demanda de los productos entre los consumidores había desaparecido o disminuido considerablemente o, que la empresa sufría un exceso crónico de capacidad.

Entonces, si la empresa es capaz de demostrar que su conducta (venta por debajo de costos) tiene una justificación económica racional, se exonera de la sanción. Si no logra justificar el bajo precio de sus productos, se debe presumir la intención de excluir a los competidores del mercado. Esto, en razón a que la justificación económica racional muestra el propósito legítimo de la empresa por competir, la mayor eficiencia competitiva y las economías de escala.

Igualmente, se revela la intención cuando la empresa, una vez haya logrado excluir o impida la entrada de sus competidores al mercado, incrementa los precios a niveles monopólicos para recuperar la pérdida en la cual incurrió durante el periodo de la predación.

BIBLIOGRAFIA

I. Índice de autores

ALARCÓN CARRILLO, Margarita. Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de promoción a la competencia. En : Derecho de la competencia. Bogotá : Superintendencia de Industria y Comercio, 1998. p. 331 - 366. (Bibliotheca Millennio. Colección Derecho Económico y de los Negocios).

ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y GARCÍA LOZADA, Nelson Gerardo. Derecho de la competencia. Bogotá : Legis, 1998. p. 97 - 239.

AREEDA, Phillip. Antitrust analysis. Problems, text, cases. 2 ed. Boston : Little Brown and Company, 1974. p. 669 - 691.

BEGG, David, FISHER, Stanley y DORNBUSH, Rudiger. Economics. 3 ed. London: Mc Graw Hill International (UK), 1991. p. 32-47, 96-170.

BELLAMY, Christopher y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común. Madrid : Civitas, 1992. p. 507 - 556.

BLACK, Henry Campbell, Black's law dictionary 6 ed. St. Paul: The publisher's editorial staff, 1998. p. 687, 970, 1291.

BORK, Robert. The antitrust paradox. A policy at war with itself., New York : The Free Press, 1993. p.15-22, 144-160, 347-364.

BULLARD, Alfredo. ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el abuso de posición de dominio. En : Seminario Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional. (24 al 25 de marzo de 1998: Cartagena). 62 p.

CALVANI, Terry. Predatory price and state below-cost sales statues in the United States: An analysis. Competition Bureau Industry Canada, 1999. Disponible en Internet: www.strategis.ic.gc.ca 21 p.

CANADA. DIRECTOR OF INVESTIGATION AND RESEARCH. COMPETITION ACT. Predatory Pricing Enforcement Guidelines. Ottawa : Minister Of Supply And Services Canada, 1992. 23 p.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional N° 46 de abril 15 de 1991.

_____ . Gaceta Constitucional N° 80 de mayo 23 de 1991.

CRAIG W., Conrath. Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición. Bogotá : Superintendencia de Industria y Comercio, 1998. p. 91 -201.

CRIALES, Luis Fernando. Abuso de posición dominante en el sector financiero. En: Revista de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia. Boletín Jurídico Financiero N° 930 (20 de oct. 1997). 31 p.

CUEVAS, Homero. Introducción a la economía. 5 ed. aumentada. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1993. p. 15-26, 32-35, 41-72, 109.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. BUREAU OF COMPETITION. FEDERAL TRADE COMMISSION. Promoting Competition Protecting Consumers: A plain english guide to antitrust laws. Disponible en internet: www.ftc.gov/bc/compguide 17 p.

FITZPATRICK, Jim y SOMMERVILLE, Andrew. HOW TO USE THE HERFINDAHL-HIRSHMAN INDEX. Competition Journal. (1992) 3 ed., v.2 Disponible en Internet: www.fitzpatrick-associates.com/articles/064.htm

GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Tomo I. Bogotá : Temis, 1987. p. 218 - 242.

GÓMEZ LEYVA, Delio. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Bogotá : Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. p. 147 - 244.

LYTLE K., Archie. Predatory pricing in antitrust law, 1996. Disponible en Internet: www.id.net/archie/predator. 14 p.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado. En : Revista Universitas N°85 (nov. 1993.), p. 151-193.

_____ . Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica. En : _____ . Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III : compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999. p. 147 - 181. (Colección Seminarios N° 10).

_____ . El control jurisdiccional del régimen general de protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En : _____ . Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III : compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf, 1999. p. 125 - 145. (Colección Seminarios N° 10)

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. El derecho de la competencia en Colombia. En :
Revista de Derecho Económico N° 9 (1989). p. 52 - 69.

_____ . El derecho de la competencia en la ley de servicios públicos
domiciliarios. En : _____ . Ciencias Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho
de la Competencia CEDEC III : compilación documentos sobre derecho de la
competencia. Bogotá : Javegraf, 1999. p. 81 - 100 (Colección Seminarios N° 10).

_____ . El régimen general de la libre competencia. En : _____ . Ciencias
Jurídicas. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC III :
compilación documentos sobre derecho de la competencia. Bogotá : Javegraf,
1999. p. 17 - 47 (Colección Seminarios N° 10).

MONTOYA MATEUS, Fernando. Derecho comercial y libre competencia. En :
Estudios de Derecho comercial: homenaje a Fernando Hinestrosa. Tomo III.
Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 1993.

MÜLLER, Charles. Glossary of antitrust terms. En : Antitrust & Economic Review,
N°4, 1997. V. 26. Disponible en internet: www.home.mpinet.net/cmuller/ii03.html
9 p.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Predatory pricing. OECD, 1989. Disponible en internet:
www.oecd.org/daf/clp/competition_analysis.htm 99 p.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 19 ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1970. p. 331, 753, 868.

RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo. La orientación de la legislación colombiana sobre financiamiento de las tomas de control de empresas. En : _____. Sociedad anónima y reforma financiera. Bogotá: COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, 1984. p. 73 - 79.

SISTEMA ECONÓMICO LATINOAMERICANO. Publicaciones SELA. Notas estratégicas 27 (1996). Disponible en internet: www.lanic.utexas.edu/project/sela.

SPENCER, Milton H. ECONOMÍA CONTEMPORÁNEA. 3 ed. Barcelona: Reverte, 1993. p. 31-53, 429-519, 599-625.

VARIAN, Hal R. Microeconomía moderna. Un enfoque intermedio. 3 ed. Barcelona: Antoni Bosh, 1994. p. 327-337, 345-373.

VELEZ CABRERA, Luis Guillermo. Los objetivos de las normas antimonopolísticas: planteamientos para un debate. En : Revista de Derecho Privado N° 10, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. 44 p.

VELILLA, Marco. Una aproximación al concepto de abuso de posición dominante. En : Derecho de la Competencia. Bogotá: Superintendencia de Industria y

Comercio, 1998. p. 177 - 201. (Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios).

VENEZUELA. SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. Sobre el régimen de libre competencia en Venezuela. Disponible en internet: www.procompetencia.gov.co 9 p.

II. Índice de fallos y jurisprudencia

Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T -240 de junio 23 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ . Sentencia C - 260 de julio 1 de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Mesa Naranjo

_____ . Sentencia T-624 del 15 de diciembre de 1995. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández.

_____ . Sentencia T -375 de agosto 14 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-535 del 23 de octubre de 1997.
Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____ . Sentencia SU-182 del 6 de mayo de 1998. Magistrados Ponentes:
Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández.

_____ . Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. Magistrada Ponente: María
Victoria Sáchica de Moncaleano.

_____ . Sentencia C-923, de noviembre 18 de 1999. Magistrado Ponente:
Alvaro Tafur Galvis.

_____ . Sentencia C-1316, de septiembre 26 de 2000. Magistrado Ponente:
Carlos Gaviria Díaz.

CONSEJO DE ESTADO. Sección Primera. Sentencia de febrero 20 de 1997.
Expediente N° 3488. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

_____ . Sección Primera. Sentencia febrero 12 de 1998. Expediente N° 4443.
Consejero Ponente: Rafael Ariza Muñoz.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre
19 de 1994, expediente 3972. Magistrado Ponente: Carlos Jaramillo Schloss.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Oficio N° 94839809 del 6 de septiembre de 1994.

_____. Resolución N° 1264 del 7 de septiembre de 1995, que ordena la apertura de investigación a la empresa de fósforos Fonandes.

_____. Resolución N° 1097 del 7 de junio de 1996, que cierra la investigación de Fonandes.

Estados Unidos de Norteamérica

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States 221 U.S. 1 (1911).

_____. United States v. American Tobacco 221 U.S. 106 (1911).

_____. United States v. U.S. Steel Corporation 251 U.S. 417 (1920).

_____. Utah Pie v. Continental Bakery Co. *et al.* 386 U.S. 685 (1967).

_____. Matsushita Electric Industrial Co., Ltd, *et al* v. Zenith Radio Corp. *et al* 475 U.S. 574 (1986).

7TH CIRCUIT EASTERBROOK, JUDGE. Poultry Farms, Inc. vs. Rose Acre Farms, Inc. 881 F 2d. at 1396.

Comunidad Económica Europea

TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. Asunto 27/76 United Brands vs. Commission.

_____. Asunto 322/81 Michelin vs. Commission.

_____. Asunto 62/86, ECS vs. AKZO.

ESPAÑA. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Resolución 412 – expediente 412/97 del 21 de enero de 1999, BT/TELEFONICA.

Venezuela

SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA. Resolución N° SPPLC/0034-96 del 9 de diciembre de 1996.

_____. Resolución N° SPPLC/010-97 del 19 de mayo de 1997.

Argentina

SECRETARÍA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DEL CONSUMIDOR.
Cámara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines vs. Supermercados
Mayoristas Makro S.A. Expediente N° 064-000962/97 (c.405).

Perú

INDECOPI. María del Carmen Molta Wendell vs. Proquinsa. Resolución N°
070/96.