

**RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA –
LEGALIDAD Y APLICACIÓN EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA**



PRESENTADO POR:

ALEJANDRA ANGULO AGUAYO

MARÍA JOSÉ BOHÓRQUEZ DEVIS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

DERECHO

BOGOTA D.C

2016

**RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA –
LEGALIDAD Y APLICACIÓN EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA**



PRESENTADO POR:

ALEJANDRA ANGULO AGUAYO

MARÍA JOSÉ BOHÓRQUEZ DEVIS

Presentada para optar al título de: Abogados.

DIRECTOR:

CARLOS ANDRES URIBE PIEDRAHITA Ph.D.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

DERECHO

BOGOTA D.C

2016

RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA – LEGALIDAD Y APLICACIÓN EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

NOTA DE ADVERTENCIA

“La universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

RESUMEN

El análisis que realizan las autoridades de competencia frente a las restricciones verticales ha dejado de presente que estas pueden tener la potencialidad de promover la competencia. A su vez, la naturaleza del contrato de franquicia implica la existencia de estas restricciones. El presente trabajo expone la comprensión del efecto económico que producen este tipo de restricciones a la luz de la ley colombiana y el contraste existente en el derecho comparado, (Estados Unidos y la Unión Europea), exponiendo las razones por las cuales la fijación de precios de reventa en el marco de un contrato de franquicia puede, y debe considerarse procompetitiva.

PALABRAS CLAVE

Restricciones verticales, mantenimiento de precios de reventa, contrato de franquicia.

VERTICAL RESTRAINTS OF RESALE PRICE MAINTENANCE - LEGALITY AND APPLICATION IN THE FRANCHISE AGREEMENT

ABSTRACT

The analysis that the competition authorities perform among vertical restraint of resale price maintenance, has determined that a restriction of this nature may have the potential to promote competition. In turn, the nature of the franchise agreement implies the existence of these restrictions. This paper presents the understanding of the economic effect produced by such restrictions in light of Colombian law and the contrast in comparative law, specifically the United States as opposed to the position of the European Union in order to expose the reasons why resale price maintenance under a franchise agreement can and should be considered pro-competitive.

KEY WORDS

Vertical restraints, resale price maintenance, franchisee agreement.

TABLA DE CONTENIDO

Nota de advertencia	2
Resumen	2
Palabras clave	2
Abstract	3
Key words.....	3
TABLA DE CONTENIDO	4
I. INTRODUCCIÓN	6
II. RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA.....	7
III. EL CONTRATO DE FRANQUICIA	9
a. Definición	9
b. Naturaleza Jurídica	9
c. Tipos de Franquicia	11
i. Business format franchising o franquicia propiamente dicha	11
ii. Product franchising o franquicia de producto	11
d. Obligaciones de las partes.....	11
e. Relevancia del Contrato de Franquicia	12
f. Regulación del Contrato de Franquicia en Colombia.....	12
g. Marco Constitucional.....	12
h. Marco Legal	14
IV. RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA EN FRANQUICIAS.....	14
V. LEGISLACIÓN COLOMBIANA	16
VI. RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	19
a. Acuerdos restrictivos de la competencia (Artículo 47)	19
i. Asunto SOFASA. Resolución No. 34440 de 2003.	19
ii. Asunto GAZEL. Resolución No. 40598 de 2014.	21
iii. Asunto LA RIVIERA. Resolución No. 81473 de 2014.	27
b. Actos restrictivos de la competencia (Artículo 48)	29
i. Asunto CASA LUKER. Resolución No. 08231 de 2001.	29
ii. Asunto GABRICA. Resolución No. 8310 de 2003.	31
iii. Asunto KATRONIX y otros. Resolución No. 48092 de 2012.	34
iv. Asunto Molinos Roa y Florhuila. Resolución No. 16562 de 2015. ...	36
VII. DERECHO COMPARADO	39
a. ESTADOS UNIDOS	39
i. Antecedentes Jurisprudenciales de la Corte Suprema desde 1911 hasta 1997	40

	ii. Antecedentes Jurisprudenciales de la Corte Suprema desde 2007 en adelante.....	43
	iii. Restricciones Verticales de FPR y Contrato de franquicia en Estados Unidos	46
b.	UNIÓN EUROPEA (UE)	50
	i. Antecedentes	50
	ii. Actualidad	51
	iii. Restricciones Verticales de FPR y Contrato de franquicia en UE... ..	61
c.	CONCLUSIONES DE DERECHO COMPARADO	63
VIII.	ANÁLISIS SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE FPR EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA	64
IX.	CONCLUSIONES	71
X.	BIBLIOGRAFÍA	74

i. INTRODUCCIÓN

Las restricciones verticales pueden darse por acuerdos o por actos contra la libre competencia, sin embargo la diferencia entre estas dos fuentes no es clara. Por esa razón la delimitación de cada una se vuelve necesaria para determinar el alcance y la sanción que a cada una corresponde. De ahí que el presente escrito pretenda delimitar el concepto de acuerdo y acto en materia de restricciones verticales con el fin de ilustrar cuál es la norma aplicable en los diferentes casos que puedan presentarse. Adicionalmente, se analizarán dichos conceptos en el marco de las franquicias para su posterior aplicación en este campo.

A lo largo de la historia del derecho de la competencia, las restricciones de carácter horizontal o vertical siempre han representado un problema en tanto los efectos son diversos y no ha sido posible determinar si estos son positivos o negativos en su totalidad. Existe una zona gris al respecto y por tanto su aplicación en el mundo de los negocios aún no es clara. De ahí que resulte necesario hacer un análisis referente a la evolución en el estudio de estas restricciones con miras a esclarecer su efectividad en el mercado, para poder posteriormente aplicar las conclusiones que de ello deriven al mundo de las franquicias, que es finalmente el tema que nos ocupa en el presente trabajo.

Las restricciones verticales se pueden materializar tanto en actos unilaterales como acuerdos. Los primeros se caracterizan por ser una decisión de una de las partes que implica una afectación a la libre competencia en tanto limita la capacidad de acción de un agente en el mercado por una de tres situaciones: infringir normas sobre publicidad; influenciar una empresa en relación con su política de precios o la negativa a contratar.

Un acuerdo se puede definir como un contrato, convenio o concertación entre dos o más empresas mediante el cual se establecen las condiciones en relación a diferentes factores del mercado en concordancia con sus cadenas de producción o distribución¹. Los acuerdos entre empresas pueden darse en diversas circunstancias y con distintos propósitos, pero siempre buscando lograr una meta comercial que reporte beneficios. Sin embargo, como

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *¿Cuáles son las conductas prohibidas por el Régimen de Competencia*. 2016. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

normas de orden público, la legislación de libre competencia prohíbe bajo ciertas circunstancias por objeto o como efecto determinadas relaciones horizontales entre competidores bajo la denominación de acuerdos o bajo relaciones verticales en la cadena de producción o suministro².

Respecto de las restricciones verticales de fijación de precios de reventa (en adelante FPR), vale la pena mencionar que durante los últimos años se ha dado cabida para que en ciertas ocasiones se consideren legales a la luz de la ley colombiana en razón a que se ha venido observando que este tipo de prácticas puede llegar a producir efectos procompetitivos o neutrales a la competencia. Es así como la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) ha mostrado más flexibilidad a la hora de analizar este tipo de relaciones de mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien se ha venido permitiendo la FPR, en lo que respecta al contrato de franquicia se han presentado dificultades debido a la falta de regulación en la materia, en especial en relación a temas de competencia en razón a que ciertos elementos esenciales de un contrato de esta índole representan restricciones verticales. Sin embargo, al ser un modelo muy utilizado y cuya importancia en el comercio ha venido incrementando notoriamente³, se considera necesario analizar la normatividad en torno a este contrato, nacional e internacionalmente, con el propósito de adoptar una perspectiva que pueda evitar esta clase de conflictos al momento de celebrar un contrato de franquicia.

II. RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA

Es necesario analizar las restricciones verticales de fijación de precios de reventa, para comenzar a enfocarnos en el tema principal del presente escrito. Estas restricciones están referidas a aquellos convenios en virtud de los cuales el precio final de venta de un bien o servicio es acordado por las partes, caso en el cual se denominará acuerdo; o impuesto por una de ellas, que será un acto. Es importante la diferencia entre el acto y el acuerdo, pues el

² Superintendencia de Industria y Comercio. *Ut supra* 1.

³ MOYA, Jaime. *Las franquicias y la libre competencia en Colombia*. Diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.godoyhoyos.com/index.php/2015/diciembre-2015/las-franquicias-y-la-libre-competencia-en-colombia->

primero es de carácter unilateral y el segundo bilateral. No obstante lo anterior, puede suceder que en principio sea un acto, dado que una de las partes impone el precio final de venta del producto y la otra acepta de forma tácita o expresa, convirtiéndolo en un acuerdo. La aceptación debe ser voluntaria y no una aceptación forzada que implique sanciones o retaliaciones por parte del sujeto dominante, y ese será el parámetro que determinará si la conducta es un acto o un acuerdo en estos casos.

En Colombia, hasta hace muy poco la FPR se consideró como una práctica restrictiva de la competencia *per se*, es decir, suficiente era que existiera un acuerdo entre las partes, o tuviera lugar el verbo rector de la norma (influenciar), para entender la conducta como anticompetitiva. Los argumentos utilizados para referirse a este tipo de restricciones como contrarias a la libre competencia se basaron en los posibles efectos que podían generar. Es así como se ha planteado que la fijación del precio final de venta de un bien o servicio limita la discrecionalidad del distribuidor respecto de la fijación directa de los precios, generando un alza excesiva en ellos y una exclusión del producto en perjuicio del consumidor. Así mismo la FPR podría dar pie al aumento de poder que se deriva en abusos, la disminución de la competencia interna y el aumento del riesgo de discriminación.

La FPR podría derivar en un aumento del poder en tanto la posición del productor dentro del mercado comenzará a ser dominante. Lo anterior debido a que los productos que se ofrecen en el mercado por parte de ese productor deben ser ofrecidos al mismo valor, lo cual hará que los distribuidores tengan los mismos precios y el producto pueda destacarse porque los consumidores podrán acceder a él en cualquier lugar por un mismo valor y adicionalmente el producto será más asequible. Esto puede derivar en un abuso de posición dominante en tanto se generará un perjuicio para los distribuidores debido a que su margen de utilidad se verá afectado por la decisión del productor y adicionalmente los competidores se verán damnificados por cuanto sus productos ya no podrán competir por la libertad de dinámicas en el mercado sino que se verán enfrentados a precios muy bajos.

La disminución de la competencia interna está referida a la falta de incentivos de los distribuidores para competir entre ellos debido a que todos ofrecen el mismo producto, por el mismo valor y por lo tanto no tienen que incurrir en ningún esfuerzo adicional para la

venta del producto de ese productor. Por lo tanto, el producto no está en competencia en relación con el precio. Sin embargo es necesario aclarar que esto genera que los distribuidores deban enfocarse en otras estrategias que les permitan aumentar el número de ventas, por lo cual los servicios adicionales adquieren un valor mayor.

Finalmente, el riesgo de discriminación se manifiesta en tanto dicha fijación de precios puede derivar en un consumo exclusivo de dicho producto, lo cual terminaría por generar un rechazo de los demás productos sustitutos en el mercado y la competencia se vería deteriorada. Esto se produce especialmente, por la posibilidad del productor de incentivar a los distribuidores a favorecer sus productos, para perjudicar marcas rivales y con ello lograr excluirlos del mercado a través de un margen de FPR que les permita a dichos distribuidores tener beneficios adicionales⁴.

Empero, en los últimos años esta postura se ha venido modificando, no solo por los cambios que internacionalmente se han dado, como se verá más adelante, sino también por los avances interpretativos sobre la legislación colombiana y los análisis concretos que ha venido realizando la SIC en sus últimas resoluciones. Pues se ha evidenciado que los acuerdos verticales, incluso los de FPR, pueden tener efectos tanto positivos como neutrales, y que en ocasiones por virtud de estos se podrían generar efectos deseados para maximizar los beneficios de la competencia y el bienestar del mercado en general.

III. EL CONTRATO DE FRANQUICIA

A. DEFINICIÓN

La franquicia es un contrato de colaboración empresarial, por virtud del cual una parte denominada franquiciante, dueña de un negocio posicionado y organizado, le permite a otra denominada franquiciado, persona jurídica y económicamente independiente, proyectar la imagen corporativa de su negocio y montar una empresa productiva alrededor del mismo, a cambio de que esta última pague unas regalías, asuma la inversión del establecimiento de comercio y se acoja a determinadas políticas de comercialización⁵.

⁴ Comisión Europea, *Directrices relativas a las restricciones verticales*. 2010, P45, citado por Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 48092 de 2012. Pg.10.

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40598 de 2014.

B. NATURALEZA JURÍDICA

La franquicia en Colombia es un contrato atípico y por lo tanto se rige por el acuerdo de voluntades de las partes⁶, la costumbre y las disposiciones normativas generales sobre los actos jurídicos. En caso de presentarse un vacío, el contrato de franquicia se regirá por las normas sobre los contratos típicos semejantes.

De acuerdo con lo anterior, el contrato de franquicia puede asimilarse a contratos como el de licencia de marca, el de transmisión de *know how*, el de asistencia técnica y el de suministro. Donde a falta de regulación sobre algún punto afín con el de otro contrato, este podrá regirse bajo las normas que gobiernan los contratos de suministro y el de licencia de marca, el primero regulado por el Código de Comercio y el segundo por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina en concordancia con el artículo 594 del Código de Comercio.

Así mismo, se trata de un contrato que lleva inmerso un acuerdo de asociación y colaboración por cuanto se requiere la participación de las dos partes para que el negocio objeto del contrato prospere y se expanda como estas lo procuran. Es por esto que la doctrina ha considerado la transmisión del *know how*, la licencia de uso de la marca y la asistencia técnica y comercial que se presentan en el contrato como elementos esenciales del mismo. En consecuencia, se puede considerar que existe sin duda una interdependencia entre los intereses de las partes; entre más venda el franquiciado más ganancias recibe y por consiguiente el franquiciante ganará más regalías lo que lo incentivará a estimular la gestión del negocio de su franquiciado. Adicionalmente, el franquiciado se ahorra la tarea de crear un negocio con el propósito de tener éxito, sino que por el contrario recibe del franquiciante el derecho de usar y explotar su formato de negocio el cual ya se encuentra aceptado y reconocido por el consumidor.

Respecto de la independencia del franquiciado cabe aclarar que esta no es absoluta, pues se encuentra supeditado a la técnica impuesta por el franquiciante dentro de la cual se encuentran comprendidas la gestión, la publicidad y la contabilidad como factores

⁶ Siempre y cuando no se contrarie la ley imperativa.

necesarios para la eficacia del negocio y la conservación de la identidad del mismo. Es por esto que se habla de la existencia de una posición dominante en cabeza del franquiciante⁷. De ahí que se trate de un contrato de adhesión donde el franquiciante propone las reglas por las cuales se regirá el contrato y el franquiciado podrá decidir si se adhiere o no al articulado propuesto por aquel.

En consecuencia, mediante el contrato de franquicia el franquiciado debe sujetarse a las instrucciones impartidas por el franquiciante y permitir su supervisión permanente con el propósito de que el consumidor final no logre distinguir si el bien o servicio proviene del franquiciante o del franquiciado. Se pretende que los bienes y servicios sean idénticos en ambos casos⁸.

C. TIPOS DE FRANQUICIA

La doctrina ha reconocido diversos tipos de franquicias tales como la franquicia industrial y la franquicia de servicios⁹. Sin embargo los que se explican a continuación son los más importantes y relevantes para el entendimiento del presente trabajo.

i. BUSINESS FORMAT FRANCHISING O FRANQUICIA PROPIAMENTE DICHA

La franquicia propiamente dicha consiste en que el franquiciado debe ceñirse a un esquema de actuación impuesto por el franquiciante en lo referente a la gestión del negocio, pues el este último le enseña técnicas y métodos de cómo comercializar sus productos de una manera uniforme a todos los consumidores. Se transfiere un método para la administración y manejo de un producto, al que se le otorga un monopolio territorial identificado con la marca del franquiciante¹⁰.

ii. PRODUCT FRANCHISING O FRANQUICIA DE PRODUCTO

La franquicia de producto es aquella en virtud de la cual el franquiciante vende sus productos a un comerciante determinado por cierto grado de especialización para que este los revenda a un precio mayor. En este tipo de franquicia se presenta mayor autonomía por

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5

⁸ Este panorama únicamente se da cuando se habla de una franquicia propiamente dicha.

⁹ “(...) a) Franquicia de producción – Franquicia industrial. EL franquiciante cede al franquiciado por un contrato de franquicia, además de su *know how*, el derecho de fabricación y comercialización de sus productos y su marca. (...) c). Franquicia de servicios. El franquiciante autoriza al franquiciado la prestación de un servicio, con un método para explotar y rentabilizar estos servicios.” ANZOLA GIL, Marcela. *Los Contratos en el Derecho Privado*. LEGIS. Colombia. (2007). p. 504.

¹⁰ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos, Modalidades De Contratación Empresarial*. Editorial Astrea 1992.

parte del franquiciado, en la medida en que el franquiciante lo faculta para usar su marca en lo relacionado con su actividad de reventa y por tanto no se exige que se sujete a un modelo de gestión sobre el negocio¹¹.

D. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

El franquiciante debe tener la propiedad sobre todo aquello que le corresponde aportar en virtud del contrato. Lo anterior referido a la denominación social, el nombre comercial, la marca, entre otros elementos que tienen como función identificar el negocio de los demás. Esto, en adición a la capacitación que debe proporcionarle al franquiciado para que este pueda realizar las actividades de la empresa de la manera adecuada. Para cumplir a cabalidad con dicha obligación se debe hacer entrega de los documentos necesarios con miras a cumplir con el *full disclosure*¹² garantizando que el franquiciado cuente con toda la información pertinente.

El franquiciado por su parte deberá, además de pagar oportunamente el canon, las regalías y los aportes para las campañas publicitarias y no convertirse en competencia del franquiciante, acatar las normas en relación con los locales y permitir la intervención del franquiciante en relación a los mismos. De igual forma deberá cumplir con los requerimientos legales de la constitución de una franquicia, respetar la confidencialidad de la información privilegiada que recibe del franquiciante y cumplir con los lineamientos propios del negocio impuestos por este.

E. RELEVANCIA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Durante los últimos años el contrato de franquicia ha tomado fuerza en su uso ya que por su naturaleza, se parte de la existencia de un negocio perteneciente al franquiciante que ya es exitoso y está posicionado en el mercado, por tanto se presenta una gran probabilidad de que se perciban las ganancias esperadas. Además, como se expuso con anterioridad se presentan intereses interdependientes lo que implica que es un negocio en el que su celebración será siempre deseada por las partes contratantes.

F. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN COLOMBIA

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *utsupra* 5

¹² Asegurar que el franquiciado tenga libertad de decisión y conocimiento del negocio.

En lo que respecta a la normatividad aplicable a la franquicia comercial, le son aplicables las disposiciones Constitucionales, el Código de Comercio, el Código Civil y la costumbre comercial.

G. MARCO CONSTITUCIONAL

Referente a la Constitución Política, el artículo que prima en el marco de las franquicias es el 333, que establece la libertad de la que gozan las actividades económicas y la iniciativa privada que son los pilares que permiten que se desarrollen este tipo de contratos en la legislación colombiana. Dice la Constitución en este artículo:

“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.”¹³

Lo anterior no obsta para remitirse igualmente a otros artículos de la Carta relacionados con la propiedad privada y la intelectual, que son fundamentales en el estudio de estas convenciones comerciales. De ahí que resulte necesario remitirse a los artículos 58, 61 y 65, que describen la protección que debe otorgarse a las creaciones intelectuales y la primacía del bien común. Los derechos sobre la propiedad están relacionados con la franquicia en tanto los particulares podrán hacer uso de sus bienes para incentivar y desarrollar empresa, mientras que los de propiedad intelectual están ligados a la materia por

¹³ Constitución Política de Colombia , Artículo 333.

cuanto esta actividad comercial involucra un sinnúmero de factores que detentan esta calidad¹⁴.

H. MARCO LEGAL

Considerando que en Colombia este contrato es atípico, es claro que no se puede encontrar descrito explícitamente dentro de la regulación nacional; sin embargo, le serán aplicables a la franquicia la normatividad civil y comercial, por la interpretación que se deriva del artículo 822 del Código de Comercio que dice:

“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.”¹⁵

Por ello, la autonomía de la voluntad consagrada en la regulación civil aplica para la franquicia, al igual que el régimen general de las obligaciones civiles, sin dejar de lado las mercantiles¹⁶. El principio de autonomía es imprescindible en el estudio de estos contratos, dado que su existencia puede sustentarse en la soberanía y fuerza obligatoria de la voluntad de las partes, que es lo que converge para el nacimiento de un contrato distinto a aquellos que ya se encuentran en la ley¹⁷.

IV. RESTRICCIONES VERTICALES DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA EN FRANQUICIAS

Los acuerdos celebrados válidamente entre franquiciante y franquiciado serán ley para las partes, por las disposiciones de los artículos 4 y 1603 del Código de Comercio. El principio de buena fe y el deber de información, son dos elementos esenciales para la debida

¹⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos mercantiles (Tomo II)*. Bogotá 1992.

¹⁵ Código de Comercio, Artículo 822.

¹⁶ PLAZAS ESTEPA, Rodrigo Alberto. *El know-how dentro de los contratos de franquicia en Colombia*. Revista Republicana. Corporación Universitaria Republicana, No.10, p 67 – 79. 2011. Disponible en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-know%E2%80%9393howdentro-de-los-contratos-de-franquicia-en-Colombia.pdf>

¹⁷ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. Revista Mercatoria. Universidad del Externado, Volumen 4, No.1. 2005. Disponible en: <file:///C:/Users/Varaja/Downloads/Dialnet-RegimenJuridicoAplicableALosContratosAtipicosEnLaJ-3625884.pdf>

ejecución de un contrato de franquicia siempre que el ordenamiento ha establecido que por las características propias del mismo, vistas con anterioridad, no se puede prescindir de ellos.

En lo pertinente al régimen de competencia aplicable a las franquicias son las normas de prácticas comerciales restrictivas y de promoción de la competencia las que nos interesan. Las restricciones que se realicen en el mercado o con relación a los precios en el entorno de un contrato de franquicia pueden ser entendidas no sólo como una restricción anticompetitiva, sino como una forma de incentivar la competencia y proteger los intereses del franquiciado en un marco económico específico, fundamentalmente la protección de la propiedad industrial.

Como se ha mencionado en numerosas ocasiones a lo largo del trabajo, estas restricciones pueden tener efectos tanto positivos como negativos en relación con la libre competencia, razón por la cual es necesario que los acuerdos que se realicen en virtud de las franquicias también sean susceptibles de análisis por parte de la autoridad competente, para determinar el alcance que tengan los mismos y definir si estos son realizados en virtud de la naturaleza del contrato o con propósitos anticompetitivos.

En lo que respecta a la FPR, la SIC ha corroborado que en múltiples ocasiones resulta de las cláusulas mismas del contrato que el franquiciado tenga libertad para fijar los precios de venta al público, señalando lo siguiente:

“(...) [en] un acuerdo vertical celebrado en el marco de un contrato de franquicia la Superintendencia de Industria y Comercio procederá a analizarlo de acuerdo con la estructura del mercado en el que se ubique y sus específicas circunstancias y variables, pudiendo tomar en cuenta, entre otros, factores como el tipo de franquicia, la naturaleza y cantidad de los productos o servicios cubiertos por el acuerdo, la posición en el mercado del franquiciante y el franquiciado, la sustituibilidad de los bienes o servicios comercializados, la existencia y características de la red de franquicias y las cláusulas de exclusividad pactadas, sin perder de vista que la libertad de los agentes del mercado para determinar los precios de acuerdo con el juego de la oferta y la demanda constituye un factor

garante del equilibrio y las libertades que defiende nuestro régimen económico constitucionalmente instituido.¹⁸ (Resalto fuera del texto)

Posteriormente, se debe determinar la posición que detenta cada uno de los agentes en el mercado relevante, es decir que se tendrán en cuenta las cuotas del mercado tanto del franquiciante como del franquiciado. En caso de que alguno tenga una posición de dominio la probabilidad de que el acuerdo resulte dañoso para la libre competencia aumenta de manera considerable, por lo cual resulta imprescindible hacer un estudio más riguroso frente a la fijación de precios. Sin embargo, existen dos excepciones a la peligrosidad de un poder de mercado. La primera, respecto del contrato de franquicia, en el cual las cuotas del mercado no comportan tal significancia dada su naturaleza, que permite la celebración de acuerdos. La segunda, en relación a la fijación de precios máximos y sugeridos cuya legalidad ha sido previamente definida por la SIC.

Como se indicó anteriormente, los precios mínimos o fijos se consideran perjudiciales en tanto no se demuestre lo contrario por parte de los investigados. La prueba debe vislumbrar los efectos procompetitivos del acuerdo y cómo estos son mayores que los efectos nocivos que del mismo se derivan. Dentro de los elementos que deben reunirse para que se permita la conducta, el investigado deberá demostrar que la medida es necesaria en tanto no existe otro mecanismo que permite obtener los mismos resultados con un impacto restrictivo menor que aquel que se produce en el mercado en virtud de la restricción impuesta. Esto aplica de manera especial en relación a las franquicias dado que se encuentra de por medio la protección del “*know how*”.

V. LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En Colombia la FPR ha tenido cambios significativos en lo referente a su legalidad. En principio la Ley 155 de 1959 en su artículo primero estableció que aquellos acuerdos que tuvieran por objeto limitar la libre competencia y “mantener o determinar precios inequitativos” quedaban expresamente prohibidos por ser consideradas prácticas restrictivas

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Consulta ciudadana. No. 13-095570-0001-0000 de 2013.

de la competencia¹⁹. Adicionalmente, el artículo 9 se refirió a la fijación de precios de reventa en el que se dispuso lo siguiente:

“Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidores, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal”²⁰.

De lo anterior se evidencia que, contrario a las disposiciones legales vigentes, el precio de reventa fijado por el productor era obligatorio para los distribuidores. Por tanto, este tipo de conducta no era considerada como restrictiva de la competencia sino como un actuar dentro del marco legal de este régimen.

Esta disposición fue objeto de críticas en la medida en que se consideraba que por virtud de esta se habilitaba la creación de los antiguamente llamados “acuerdos de caballeros”, lo cual contrariaba el artículo primero de la misma ley. Por lo cual sería un despropósito implementar esta norma debido a que se limitaba el beneficio del consumidor como uno de los fines primordiales del derecho de la competencia.

Por lo anterior, resultaba incongruente el hecho de permitir que los productores fijaran los precios de reventa de sus productos limitando el margen de acción de los distribuidores, pues su incumplimiento incurría en sanciones e impedía la discrecionalidad en el manejo de sus ganancias. Por ejemplo, si el distribuidor quería disminuir sus ganancias para así poder vender el producto a un menor precio en razón del comportamiento del mercado frente a un determinado bien o servicio, no podría hacerlo ya que tendría que acatar el precio determinado por el empresario. Esto deriva en un perjuicio para la comercialización del producto en mejores condiciones²¹.

¹⁹ Congreso de la República. Ley 155 de diciembre 24 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.*

²⁰ Ley 155 de diciembre 24 de 1959. *ut supra* 19.

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 4.p.12.

El artículo 1 de la ley 155 de 1959 fue modificado por el Decreto 3037 de 1963, el cual debe ser leído en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 artículo 46, que contiene la cláusula general de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia. Por tanto, se puede considerar que la disposición del artículo 9 de la Ley 155 de 1959 quedó derogada parcialmente por los artículos 18 y 20 del Estatuto de Protección al Consumidor expedido en 1982²², artículos a través de los cuales se eliminó la obligación de fijación de precios por parte del productor. Sin embargo, la SIC, mediante Oficio con número de radicado 98073466 de 1999, determinó que, si bien el artículo 9 de la ley 155 contraviene disposiciones posteriores, no ha sido expresamente derogado²³.

En cumplimiento de lo anterior, la norma precedente debe analizarse a la luz del artículo 18 del Decreto 3466 de 1982, el cual enuncia las formas en las que se puede sugerir el precio de venta al público: fijándolo en la lista, fijándolo en los bienes y acogiéndose al precio señalado por el productor. Esta última procede únicamente cuando el productor se encuentra expresamente habilitado por una norma²⁴.

No obstante, sin perjuicio de las diferentes posturas al respecto²⁵, la SIC considera que con el cambio económico que introdujo la Constitución Política de 1991 se genera la invalidez sobreviniente del artículo 9 de la Ley 155 de 1959 ya que se contrapone al artículo 333 de la carta el cual consagra la libertad económica y establece que “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Así mismo, dicho artículo va en contravía de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 2, el numeral primero del artículo 47 y el numeral segundo del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, razón por la cual aquel se considera tácitamente derogado²⁶.

Por último, se debe tener en cuenta que la normativa colombiana de libre competencia consagra dos tipologías o supuestos de comportamientos que se relacionan con las

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Comunicación con número de radicado 08024220 de 2010.

²³ IBARRA PARDO, Gabriel y MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *La práctica de fijación unilateral de precios (SISFUP) y su aplicación en Colombia*. Conferencia presentada por los autores en el marco del CEDEC. Pag. 6 – 9. Santa fe de Bogotá. Agosto de 1999. Disponible en la WEB desde: <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/am-fup.pdf>

²⁴ IBARRA PARDO. *ut supra* 23.p.10.

²⁵ Parte de la doctrina considera que el artículo 9 de la ley 155 de 1959 continua vigente en razón a que no ha sido derogado expresamente por norma posterior alguna; Sin embargo reconoce que debe ser analizada bajo los nuevos supuestos normativos. Por el contrario, hay quienes consideran que la norma objeto de análisis fue derogada por el artículo 2033 del Código de Comercio de 1971.

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 22.

restricciones de precios verticales, de un lado, el artículo 47 del decreto 2153 de 1992, donde se indica como contrarios a la libre competencia los acuerdos “(...) que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”²⁷. De otro lado, el artículo 48 en su numeral 2 y 3 de este mismo decreto determina los actos anticompetitivos de “Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.” y/o “negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.”. La aplicación de cada uno de estos artículos en relación con las restricciones verticales es de suma importancia, considerando que tanto los acuerdos como los actos contrarios a libre competencia pueden encuadrarse dentro de las restricciones que controla el derecho a la competencia, hecho que genera que se deba considerar la situación particular, como se presentará más adelante, lo cual obliga a determinar factores tales como la independencia de los sujetos en la relación subyacente.

VI. RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Al respecto se considera de vital importancia hacer una breve exposición sobre el desarrollo que en sus resoluciones y conceptos ha presentado la SIC, y cómo con este nuevo tratamiento se han abierto nuevas formas de valoración y análisis sobre la licitud de las restricciones verticales en materia de FPR.

A. ACUERDOS RESTRICATIVOS DE LA COMPETENCIA (ARTICULO 47)

i. ASUNTO SOFASA. RESOLUCIÓN NO. 34440 DE 2003.

En esta oportunidad, la investigación de la SIC se centró en determinar si efectivamente existía un acuerdo de precios de venta al público de los vehículos marca Renault, entre SOFASA y los concesionarios distribuidores de estos automóviles. Entre SOFASA y cada uno de los distribuidores se determina la existencia de un contrato de concesión, el cual cuenta con tres derechos a saber²⁸:

²⁷ Gobierno Nacional, Ministerio del Desarrollo Económico. Decreto 2153 de 1992. *Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.*

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 34440 de 2003. p.3.

- Se otorga un derecho temporal y no exclusivo de vender a terceros los vehículos, repuestos, accesorios, entre otros productos que hayan sido adquiridos a través de contratos de compraventa con SOFASA. Lo anterior, permite establecer que la propiedad de los bienes es de los concesionarios.
- El derecho a la prestación de servicios de reparación y mantenimiento para mantener los estándares de calidad, la imagen y el buen servicio al cliente.
- Utilizar el “conjunto de intangibles” y los derechos de propiedad industrial y/o intelectual de los cuales se tenga licencia de uso.

El estudio de la conducta gira en torno al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, en materia de acuerdos de precios, es decir aquellos acuerdos que tienen por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Otro aspecto fundamental del caso se encuentra en la naturaleza de la competencia, la cual se concentra en relaciones de competencia *intramarca*, que hacen referencia a la competencia que existe “entre los distribuidores de un bien o servicio de una misma marca”²⁹. Frente al objeto³⁰, la existencia de una fijación de precios implica que la propia naturaleza de dicho acuerdo restrinja la libre competencia, pues inevitablemente se elimina la posibilidad de una variedad de precios en el mercado y por ende se contrarían las disposiciones del Decreto 2153 en su artículo 46.

Cuando se celebra un convenio de esta naturaleza es posible acordar precios mínimos, máximos, establecer precios idénticos e incluso precios diferentes, pero siempre debe existir la concertación de voluntades. Lo importante de esta consideración es que se debe diferenciar el nivel de la fijación o del acuerdo del precio, esto es, el precio no es el del contrato entre comprador y vendedor, sino el precio al que el comprador va a (re)vender el bien adquirido. Lo que está en consideración es el precio al que se va a vender un producto determinado en un nivel siguiente al de la transacción original.

²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 28. p.3. pie de página No.1.

³⁰ “De esta forma, se consideran contrarios al ordenamiento legal los acuerdos entre empresas competidoras cuyo objeto consista en la fijación de precios, pues por su propia naturaleza, poseen el potencial de restringir la libre competencia. La simple disposición de intereses orientada a la fijación de precios se revela contraria a la pretensión legal de que en el mercado exista variedad de precios.”. Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 28. p.5.

Por su parte, en cuanto al efecto, este “lo constituye el resultado anticompetitivo que se produce en el mercado”³¹ y no es necesario tener en cuenta el propósito que tuvieron las empresas acordantes, simplemente la existencia de un resultado que restrinja la competencia (efectiva o potencial) constituye una conducta contraria a la libre competencia. Es decir, puede que las empresas no tuvieran como finalidad afectar a los competidores, o generar efectos anticompetitivos, pero en caso de generar tales efectos se debe sancionar el acuerdo por razón del resultado perjudicial.

No obstante, en el caso particular no se encontró prueba alguna de que exista un acuerdo de voluntades, pues si bien existe una lista de precios sugeridos³², la autonomía de cada concesionario fue efectivamente demostrada. Adicional a ello, no se encontraron efectos anticompetitivos en el mercado, razón por la cual se determinó que las partes no incurrieron en la conducta descrita.

En la presente resolución el análisis gira en torno al contrato de concesión, el cual comparte derechos que se otorgan a su vez en el contrato de franquicia. El derecho más importante en este caso es el que se refiere a la propiedad intelectual, el cual se genera por la licencia de uso. Asociando la decisión tomada por la SIC en esta resolución, con una posible FPR en el marco de un contrato de franquicia, podría determinarse que este no constituiría una restricción vertical en tanto exista autonomía entre franquiciante y franquiciado.

ii. ASUNTO GAZEL. RESOLUCIÓN NO. 40598 DE 2014.

En 2012, un particular interpuso un derecho de petición al Ministerio de Minas solicitando que se controlaran los precios del gas natural comprimido vehicular en las estaciones de servicio marca GAZEL. Lo anterior en virtud de que consideraba que dicha empresa estaba abusando de su posición de dominio en tanto ostenta mayor cantidad de estaciones de servicio y por lo tanto los consumidores deben aceptar los precios que este impone, los cuales de acuerdo con el peticionario resultaban ser demasiado altos.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 28. p.10.

³² La sugerencia de precios es permitida, pues están “(...) desprovistas de cualquier carácter vinculante u obligatorio (...)”. Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 28.

Como consecuencia de lo anterior se inició una investigación preliminar, y una vez abierta se recibió una nueva queja por parte de las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN (EPM), en contra de TERPEL S.A. y su vinculada GAZEL. En esta ocasión, la inconformidad se dio con ocasión a la fijación del precio como barrera de entrada al mercado de las EPM. Dicha fijación fue posible dada la preeminencia en el mercado de TERPEL y la condición de empresas precio aceptantes de gran parte de los competidores.

TERPEL envía a sus aliados una comunicación a través de la cual anuncia la entrada de EPM al mercado y en consecuencia ordena la fijación de un precio del producto. Se analizaron dos posibles razones para la disminución de los precios en Medellín por parte de TERPEL y su aliada GAZEL. Una primera posibilidad referida a la terminación del contrato de comercialización del producto con las EPM, lo cual genera una baja en los costos y otra asociada a que las EPM se constituyeron como los competidores más fuertes en relación con este producto dado que comenzaron a hacer sus procesos de distribución y comercialización de forma autónoma.

En la presente resolución, se hizo referencia a las consecuencias perjudiciales de los acuerdos verticales en relación a la competencia intramarca e intermarca. En cuanto a la primera, se determinó que la afectación principal recae sobre el consumidor final, que es a quien afecta de manera directa los precios, calidad de los bienes o servicios, la variedad, entre otros factores que se perturban como consecuencia de la pérdida de incentivos de los distribuidores para competir entre ellos. En relación con la segunda, las restricciones derivan en la producción de efectos excluyentes y la facilitación de la celebración de acuerdos colusorios tales como lo son los de FPR.

La SIC ha determinado que las prohibiciones en relación con los acuerdos son en general para los de tipo vertical y horizontal, fundamentado en el derecho de los consumidores a que exista competencia entre los distribuidores y los productores. También ha hecho referencia a que los distribuidores tienen un plan de negocios propio de su actividad, que les permite establecer cuáles serán los costos en los que desean incurrir para lograr

determinado margen de ganancias, por lo cual un acuerdo vertical resultaría ir en contra de la naturaleza independiente de dichos agentes en el mercado.

Históricamente han existido posiciones contrarias dentro de la Delegatura de Competencia de la SIC, debido a que en sus inicios se acogía a la literalidad de la norma y por tanto realizaba los análisis partiendo de la ilegalidad, señalado que cualquier tipo de acuerdo sobre precios, independientemente de su naturaleza, debía ser sancionado. Reconocía que los acuerdos verticales resultaban ser menos perjudiciales, sin embargo, por enmarcarse en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 eran considerados anticompetitivos. No obstante en pronunciamientos posteriores, la SIC reconoció la diferencia entre los efectos en el mercado de unos y otros, por lo cual determino que los horizontales serian castigados tanto por objeto como por efecto, mientras que los verticales se consideraron pro competitivos en principio, pero sujetos siempre al análisis particular de los mismos. En general a los acuerdos horizontales se les aplico la regla de ilegalidad *per se* mientras que a los verticales, que no estén relacionados con fijación de precios, se les impuso la regla de la razón³³. En esta ocasión, la autoridad hace alusión a la posibilidad intrínseca de los acuerdos verticales de optimizar y mejorar eficiencias de los mercados, lo cual deriva en un beneficio para los consumidores, que es uno de los pilares del derecho a la libre competencia.

En principio, la literalidad fue la línea de pensamiento que se acogió por parte de la SIC cuando se analizaron de manera específica los acuerdos de FPR. Fue entonces, cuando volvió a establecer la indiferencia frente a la naturaleza del acuerdo, puesto que siempre que existiera fijación de precios la conducta sería ilegal. Recalcó, al igual que en resoluciones pasadas, que la prohibición iba encaminada a sancionar todo aquello que desbordara la simple sugerencia de precios de venta. Fundamentada en la libertad de precios en Colombia, se estableció que cualquier sugerencia que mute en un acuerdo o constituya una influencia indebida sería sancionada³⁴.

A pesar de los pronunciamientos que realizó la autoridad competente, la tendencia internacional en relación a las restricciones verticales de FPR tomo fuerza y fue reconocida

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01082559 del 23 de octubre de 2001.

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 99050593 del 27 de septiembre de 1999.

en tanto comenzaron a considerarse como posibles actividades deseables o por lo menos neutrales en el marco de la libre competencia³⁵, lo anterior “(...) *por cuanto un acercamiento económico puede demostrar que el acuerdo no tiene como consecuencia necesaria una restricción de la competencia, de manera que no encierra un objeto anticompetitivo en sí.*”³⁶. Al respecto la SIC realizó precisiones en relación con la mayor peligrosidad cuando la empresa que fija los precios tiene una posición de dominio.

Frente a la FPR máximos, flexibilizó su régimen acogiendo posturas internacionales, y permite esta fijación entendiendo que la venta que se haga resultará competitiva en tanto mayor sea la libertad del agente para moverse en relación con el precio fijado³⁷, considerando que el precio realmente competitivo será aquel que se encuentre por debajo del máximo establecido³⁸. Referente a la FPR mínimos y fijos, la entidad considero que es necesario hacer un análisis con base en la regla de la razón, que permite determinar caso a caso la legalidad o ilegalidad del acuerdo. Serán los agentes quienes tengan que demostrar cómo sus acuerdos resultan ser procompetitivos³⁹, y que las eficiencias soportan los posibles efectos negativos que de la misma restricción puedan llegar a desprenderse y que hayan sido previamente demostrados por parte de la SIC⁴⁰. Las eficiencias deben ser analizadas a corto y largo plazo para tener una perspectiva real del impacto que pudiere llegar a tener la fijación⁴¹.

En cuanto a las prácticas restrictivas de la competencia, específicamente frente los acuerdos verticales en las franquicias la SIC estableció:

“Desde un punto de vista económico, un acuerdo de franquicia organiza una relación vertical entre un proveedor o fabricante (franquiciante) de uno o más insumos intermedios y una empresa que opera aguas abajo (franquiciado), que utiliza tales insumos para ofrecer un producto o servicio en el mercado. Prácticamente, este

³⁵ ITALIANER, Alexander. *Competitor agreements under EU competition law*. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. Comisión Europea, Nueva York, 26 de septiembre de 2013. p. 5

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5. p.88.

³⁷ ZURIMENDI ISLA, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Colección Estudios de Derecho Mercantil. Editorial Arizandi S.A. España: 2006.p.65.

³⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5.p.89.

³⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5.p.90.

⁴⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5.p.90.

⁴¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. *Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements*. 1994. P.11 y 12. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/34/53/1920326.pdf

mecanismo de distribución opera como una alternativa para que el productor no tenga que acudir a una integración vertical propiamente dicha.”⁴²

En consecuencia, se considera como una relación vertical de carácter especial que es necesaria para lograr las finalidades que naturalmente busca un franquiciante al celebrar un contrato de esta índole⁴³. Así, se logra una eficiencia económica en el suministro del bien o servicio objeto del acuerdo de voluntades⁴⁴, pues si bien es cierto que el franquiciado es quien administra el negocio propiamente tal, su campo de acción debe estar aprobado por el franquiciante. El control que se tiene sobre el franquiciado es de vital importancia, debido a los riesgos que corre el franquiciante al poner información en la red de distribución, que de no ser conservada debidamente puede beneficiar a terceros en perjuicio de este último⁴⁵. No obstante, la SIC no permite cualquier tipo de acuerdo vertical puesto que estos pueden llegar a tener efectos negativos en el ámbito de la libre competencia. Por esa razón en esta ocasión se pronunció de la siguiente manera:

“Lo anterior no quiere decir que toda restricción vertical sea válida en el marco de un acuerdo de franquicia, ni que de todo acuerdo vertical se prediquen efectos deseables para el mercado.”⁴⁶

Es entonces como la SIC en resolución 40598 de 2014 realiza una enumeración de los aspectos que considera deben analizarse al momento de analizar la FPR en este contexto. En un primer momento se debe identificar el grado de independencia que tienen las partes en el contrato, estudiando los elementos esenciales del mismo, y así determinar el riesgo que abarca cada uno de los agentes. Lo anterior considerando la autonomía que otorga la legislación en relación con la estipulación de precios en virtud del movimiento de la oferta y la demanda en el mercado. Dependerá de la independencia, la existencia de un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios.

En el caso concreto, los contratos de TERPEL pueden ser llamados de franquicia y catalogados como de distribución y servicios, los cuales se caracterizan por la transferencia

⁴² Superintendencia de Industria y Comercio. . *ut supra* 5.p.91.

⁴³ OCDE, *ut supra* 41. p.27.

⁴⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5.p.91.

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio . *ut supra* 18.

⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5.p.91.

del *know how* que permite la estandarización de los métodos de venta al público y la prestación de servicios adicionales, que derivan en que los clientes desarrollen un sentido de fidelidad hacia la marca. Adicional a ello, se les otorga a los franquiciados licencia de uso de marca y demás signos distintivos de propiedad de TERPEL y finalmente, se les suministra asistencia técnica y comercial. De ahí que pueda entenderse que existe por parte de TERPEL un poder en relación con el contrato de franquicia, pues es él quien los administra y controla mientras se ejecuta el contrato.

Posteriormente la SIC realiza un análisis de la FPR en diferentes esquemas de franquicia. Este tipo de acuerdos pueden realizarse en los esquemas de contratación de inversión 100%T y de coinversión, más no podrán celebrarse en franquicias abanderadas. En los primeros, el franquiciado no tiene un negocio propio, sino que actúa como un agente con responsabilidad. En el caso del esquema de 100%T el establecimiento no ha sido construido por el franquiciado, mientras que en el de coinversión el franquiciado y el franquiciante han construido juntos el negocio.

En este tipo de esquemas, el franquiciado no afronta costes de explotación o gestión del establecimiento por su cuenta. Por su parte, el franquiciante invierte más, con el propósito de que sus ganancias no se vean limitadas por el franquiciado y su gestión. De ahí que el franquiciante recibe más que una contraprestación por el contrato de franquicia y tiene derecho a intervenir en la gestión del negocio. Es entonces como puede explicarse el hecho de que puedan controlarse los precios y que pueda existir una FPR. Al respecto, la SIC estableció que “no es posible predicar la existencia de un acuerdo anticompetitivo de fijación de precio vertical, pues no existen voluntades diferenciadas e independientes cuando los agentes económicos invierten conjuntamente en la construcción, operación, mantenimiento del establecimiento de comercio donde se desarrolla el modelo de negocio franquiciado”⁴⁷.

El sistema de franquicias abanderadas, crea límites para el franquiciante quien debe únicamente hacer la instalación de la imagen sin incurrir en ningún tipo de inversión adicional. Dicha inversión debe hacerla en su totalidad el franquiciado, que es quien crea su

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5. p.109.

negocio autónomamente y paga por los derechos que el contrato de franquicia le otorga. Por esa razón la SIC determinó que “(...) si la fijación de precios de reventa se hace en franquicias abanderadas se sesga al franquiciado de forma indebida (...)”⁴⁸, por lo que una FPR en este tipo de franquicias resultaría ilegal y reprochable en los términos del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por existir total independencia entre los agentes.

En el caso en concreto hay una interdependencia entre TERPEL y sus asociados donde el modelo de franquicia es un modelo distinto del abanderado, en el cual TERPEL tiene poder de decisión por su inversión de capital en cada uno de los negocios. La Delegatura considera que no es posible establecer que exista un acuerdo entre TERPEL y sus aliados, puesto que entre ellos se entiende que existe un contrato de franquicia, en el cual hay una única voluntad y no una pluralidad de voluntades⁴⁹.

iii. ASUNTO LA RIVIERA. RESOLUCIÓN NO. 81473 DE 2014.

En 2014, a través de resolución número 81473 se analizó el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en relación con la distribución y comercialización de lociones en Colombia. La SIC realiza un estudio detallado del mercado relevante y deduce que LA RIVIERA maneja los precios de manera muy particular. También se analizan LA POLAR, FEDCO y FALABELLA, donde todas se encuentran en el mismo rango de precios, lo cual resulta reprochable por parte del quejoso. Es necesario tener en cuenta que productos como los perfumes o fragancias cuentan con particularidades que son las que generan preferencias por parte de los consumidores y debido a que sus productores son únicos aumentan los niveles de producción y reducen el costo medio de las unidades producidas, por lo cual se incrementan los márgenes de ganancia.

Por ser productos con características muy especiales, es necesario proteger de manera especial la marca, el nivel de lujo que puedan tener los perfumes, la calidad de los mismos, entre otros factores que hacen que el producto sea único, por lo cual el consumidor lo prefiere. Los elementos anteriormente descritos, son en parte lo que justifica la existencia de FPR en este tipo de mercados especializados, todo en pro de mantener la integridad de la imagen corporativa y la marca, otorgándole un valor agregado al consumidor por la

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5. p.111.

⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5. p.64.

especial prestación del servicio. Adicional a los argumentos esbozados previamente, aumenta la competencia intermarca ya que las directrices vienen directamente desde las matrices internacionales, pero las comercializadoras y los distribuidores trabajan conjuntamente para aumentar el prestigio de las marcas.

La SIC hace referencia a la posibilidad de que existan acuerdos expresos o tácitos, sin embargo cualquiera sea la modalidad se estará en presencia de una concertación de voluntades. También menciona la diferencia entre fijación directa e indirecta de precios en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. La primera referida a la imposición de un valor final que incluye los factores de costo y utilidad, mientras que la segunda está referida a la variación de uno solo de los factores teniendo en cuenta descuentos o circunstancias que puedan afectar el valor final.

La novedad de esta resolución se da en relación con la fijación de precios máximos, mínimos y fijos, en la cual la SIC reconoce que no hay claridad y por tanto podría entenderse que en el marco de un acuerdo vertical cualquiera de las modalidades resulta ilegal⁵⁰. Establece la SIC que “(...) luego de analizar la experiencia extranjera, que los acuerdos verticales de fijación de precios, en determinadas ocasiones y bajo ciertos supuestos, pueden generar eficiencias deseables en los mercados y por ende pueden ser considerados como acuerdos que no restringen la competencia.”⁵¹. Esto con el fin de evitar “falsos positivos”, pues la SIC considera que se generan beneficios por la existencia de ciertas restricciones verticales en el mercado y estas deben permitirse con miras a maximizar los efectos positivos de las actividades económicas.

Reconoce la Delegatura, que basado en los planteamientos europeos se debe analizar la “práctica de distribución”, que mira detalladamente el tipo de contrato que envuelve el acuerdo. Esto debido a que en algunos casos es pertinente la celebración del acuerdo vertical, como por ejemplo cuando hay de por medio un derecho de propiedad intelectual, como el caso de las franquicias. Es entonces cuando se evidencia el fundamento del análisis de los contratos que subyacen las controversias de restricciones verticales que estudia la SIC. En el caso en concreto se trata de un contrato de distribución, en el cual se entiende

⁵⁰ ZURIMENDI. *ut supra* 37.p. 84 - 95.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81473 de 2014. p.49.

implícita la FPR en tanto las características propias del contrato determinan que se transfieren licencias de marca y propiedad, del *know how*, criterios de selección de distribuidores y exigencias de inversión en dinero, espacio y tiempo para la correcta distribución del producto⁵². De ahí que en el contrato existan cláusulas de exclusividad y selectividad, que corresponden a la especial naturaleza de este tipo de contrato.

De conformidad con los pronunciamientos de la SIC, debe hacerse un análisis de las cuotas de participación de los agentes involucrados, puesto que si bien se ha determinado que el poder de mercado no determina si un acuerdo es o no anticompetitivo, si es claro que entre mayor cuota de mercado tenga un sujeto es mayor la probabilidad de afectar negativamente las dinámicas del mercado.

Es la calidad de los productos y el estándar que se debe mantener ante los consumidores lo que genera que las empresas deban pedirle permiso a la casa matriz para realizar cualquier tipo de actividad relacionada con el producto en el establecimiento de comercio y específicamente respecto de la distribución del mismo. Esa es la razón por la cual no se considera que estos acuerdos sean restrictivos de la competencia. En virtud de los contratos celebrados por las partes, los distribuidores autorizados tienen la obligación de seguir esos parámetros que permiten que el producto se identifique con estándares de lujo⁵³ y por esa razón hay una uniformidad de precios.

2. ACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA (ARTICULO 48)

i. ASUNTO CASA LUKER. RESOLUCIÓN NO. 08231 DE 2001.

En resolución número 08231 de 2001, la SIC abrió una investigación en contra de Casa Luker en relación con la producción y distribución del aceite Gourmet, pues pareciere haber incurrido en la conducta descrita en el numeral segundo del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en el cual se prohíbe influenciar a una empresa, en este caso Makro de Colombia S.A. (en adelante Makro), para que desista de su intención de rebajar los precios de reventa.

En el presente caso, Casa Luker ofrece un descuento del 7% a Makro, por lo cual este último pagará un precio inferior por el mismo producto. No obstante, dicho descuento no

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 51. p.70.

⁵³ Comisión de las Comunidades Europeas. *Asunto T-19/92*. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda Ampliada) de 12 de diciembre 1996.

podrá ser transferido al público, conforme a las directrices de Casa Luker en los mails enviados a Makro, impidiéndole decidir sobre la posibilidad de fijar libremente los precios. La transferencia del descuento a los consumidores ya no es una decisión de él, sino que por disposición de un tercero no podrá rebajar los precios. Posteriormente se prohibió vender por debajo de determinado precio, lo cual generó una fijación de precios mínimos.

En el análisis se necesita que haya dos empresas independientes y que efectivamente exista una influencia de una a la otra. De conformidad con la SIC, se habrá influenciado a una empresa siempre que se modifique la voluntad del sujeto pasivo a través de una directriz del sujeto activo, que genera un cambio en la finalidad de la conducta del primero. También determina la SIC que el resultado de la influencia no importa, simplemente debe existir la intención de que la otra empresa aumente o disminuya precios. No obstante, en el momento en que hay una aceptación de dicha imposición por parte del sujeto pasivo, se puede entrar a establecer la existencia de un acuerdo de precios⁵⁴.

La libertad de empresa y la libertad económica, consagradas en la constitución deben ser protegidas en tanto la vulneración del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, no permite que se reporten los beneficios que la independencia de decisiones empresariales debería alcanzar, generando perjuicios no solo para las empresas y sus utilidades, sino para los consumidores de los productos o servicios. Es por estas razones, que no es necesario que exista un resultado en la influencia que ejerza una empresa sobre otra, debido a que el simple hecho de que exista implica una limitación al libre albedrío, lo cual hace que se incurra inevitablemente en la conducta descrita.

La SIC hace la diferenciación entre los artículos que se refieren propiamente a acuerdos y actos contrarios a la libre competencia y las conductas constitutivas de la posición dominante. La conducta descrita en el artículo 48 es un acto, y en él podrán incurrir todos aquellos que realicen una actividad económica. El actuar es lo que debe ser sancionado, no la “falta de resistencia de su víctima”⁵⁵. Por lo anterior la SIC determina que la posición dominante en estos casos no tiene relevancia, pues el acto lo puede realizar cualquiera que

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 08231 del 21 de marzo de 2001. p.3 y 17.

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 54. p. 18 y 19.

desarrolle una actividad económica. Entonces, en caso de tener en cuenta este tipo de factores, se estaría delimitando la aplicación del artículo 48.

En el evento de que en el marco de un contrato de franquicia se presentara una situación similar, el análisis de la SIC podría variar sustancialmente. Esto en razón a que los dos elementos tenidos en cuenta para sancionar a Casa Luker se presentan de manera diferente por las características propias de la franquicia. En primer lugar, la independencia entre el franquiciante y el franquiciado no es absoluta⁵⁶. Por otro lado, en cuanto a la existencia de una influencia, en el caso de las franquicias siempre está presente por lo tanto se estaría en contravía de la naturaleza del contrato, pues el franquiciante, como se expuso anteriormente, se encuentra facultado para tener cierto grado de injerencia sobre la actividad del franquiciado en cuanto al control en la calidad de los productos, la fiscalización de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia y los límites impuestos en relación con los locales⁵⁷.

ii. ASUNTO GABRICA. RESOLUCIÓN NO. 8310 DEL 2003.

Una de las resoluciones más importantes de la SIC en la materia es la resolución 8310 del 28 de marzo del 2003, dado que vislumbra algunos de los cambios más significativos que ha tenido el tema de la FPR en Colombia. Se inicia una investigación contra GABRICA por infringir el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y los numerales 2 y 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, en relación con la existencia de una lista de precios “sugeridos” de venta al público que entregaba la entidad a sus distribuidores, la cual al no ser acatada por uno de ellos (Concentrados del Norte), derivó en una negativa a contratar por parte del proveedor.

La empresa GABRICA, es una multinacional colombiana cuyo objeto social se basa en “importar, producir, vender, exportar medicamentos, alimentos concentrados, vacunas, equipos accesorios e instrumental veterinario, así como productos para el control de plagas urbanas y que atacan la madera (...)”⁵⁸. Las características especiales de los productos

⁵⁶ “El franquiciado tiene las siguientes obligaciones: Pagar el canon y las regalías estipuladas; adquirir la licencia de utilización de nombre, marca, etc.; **ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante**; dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el franquiciante; guardar la debida reserva, secreto de toda la información suministrada por el franquiciante; pagar los aportes porcentuales oportunamente convenidos para las campañas publicitarias; no desempeñar ni directa ni indirectamente un comercio similar en un territorio donde se pueda competir con alguno de los miembros de la red franquiciada; cumplir las normas relativas a instalaciones y aspecto del local.” (Negrilla fuera de texto). ANZOLA. *ut supra* 9.p.508.

⁵⁷ ANZOLA *ut supra* 9.p.508.

⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No.8310 del 28 de marzo de 2003.

hacen que sea necesario que los distribuidores tengan conocimientos técnicos para vender los productos de forma idónea. Los productos importados por GABRICA se distribuyen a través de médicos veterinarios, pet shops y almacenes agrícolas, donde es necesaria la asistencia de un médico veterinario.

La problemática surgió dado que GABRICA concedía a sus clientes un descuento equivalente al 20% del cual Concentrados del Norte hacía uso del 7% para transferir el 13% restante a los consumidores finales, debido a que este mantenía una política de fijación de precios propia. A raíz de lo anterior, GABRICA comenzó a recibir quejas por parte de los demás competidores que se estaban viendo afectados por la diferencia de precios, lo cual permite evidenciar uno de los efectos negativos de un acuerdo vertical de FPR, debido a que pareciera que se hubiera creado una especie de cartel en el cual los distribuidores exigen al proveedor hacer cumplir el acuerdo⁵⁹. En consecuencia, este procedió a hacer las observaciones pertinentes a Concentrados del Norte y le solicitó aumentar sus precios; requerimiento que no fue obedecido y desembocó en la terminación de contrato durante tres meses por parte del proveedor.

Al respecto la SIC, en sus consideraciones se dirigió a realizar una simple adecuación normativa de la conducta y estableció que era suficiente que se dieran los elementos descriptivos más importantes de la norma, para proceder a sancionar el comportamiento del agente investigado. Así fue como puntualmente señaló lo siguiente:

“(...) El influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye per se un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es posible esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anti competitiva sobre los precios, basta con que tenga lugar el verbo rector “influenciar” orientado a alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto (...)”⁶⁰

Dicho lo anterior la autoridad de competencia, considera que en el análisis de este tipo de conductas se debe dejar de lado tanto la finalidad del agente, como el resultado o efecto que

⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 4.

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 58.

aquella implica para el mercado y únicamente centrarse en la producción del verbo rector “influnciar” contenido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. En este caso, la influencia de GABRICA se hace evidente, pues en diversos comunicados se insinuó que la consecuencia de que Concentrados del Norte no acatara los precios que se “sugerían” podría resultar en la terminación del contrato como efectivamente sucedió.

Sin embargo, GABRICA no infringió únicamente la disposición anteriormente mencionada, sino que adicionalmente, incurrió en la conducta descrita en el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Esto debido a que la negación a contratar no se dio en virtud de la libre participación en los mercados y la libertad de las disposiciones contractuales, sino como respuesta a la política de precios de Concentrados del Norte.

La especialidad del producto, por la asistencia técnica que necesita, no fue probada en el proceso y por tanto para la SIC no resultó suficiente esta justificación para la ruptura de la relación comercial entre GABRICA y Concentrados del Norte. No es posible determinar que por la necesidad de la existencia de un veterinario que pueda dar indicaciones y recomendaciones de los productos que GABRICA importa, deban establecerse precios iguales para todos los distribuidores del producto.

Por lo anterior y teniendo en cuenta el análisis realizado por la SIC en esta ocasión, la conducta realizada por parte de GABRICA se sancionó debido a que efectivamente hubo una influencia por parte de esta última sobre Concentrados del Norte, conducta que deriva en una restricción vertical, no solo en razón a que se dio el verbo rector “influnciar”, sino también porque al no acatar las órdenes de GABRICA esta dio por terminado el contrato.

Los numerales 2 y 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 deben ser analizados en conjunto, en tanto, si se permite la FPR por tener efectos procompetitivos, la negativa a contratar por no cumplir con dicha fijación puede ser justificación suficiente para no considerar que se incurre en la conducta que el numeral 2 de esta norma prohíbe.

iii. ASUNTO KATRONIX Y OTROS. RESOLUCIÓN NO. 48092 DE 2012.

En este asunto un particular presenta una queja ante la SIC, solicitando que se realice una averiguación por una práctica restrictiva de ÉXITO, ALKOSTO, KATRONIX,

FALABELLA, entre otros, por la fijación de precios de reventa en relación con el televisor Sony Bravia. La SIC encontró que los precios en un mismo día entre esas entidades estaban exactamente en el mismo valor y a raíz de dicha situación inicia la investigación. La SIC les hace un seguimiento y encuentra que efectivamente se estaba vendiendo el televisor en los mismos valores.

Samsung, LG, Sony y Panasonic son los importadores de los productos, y para lograr que lleguen al consumidor final se usan diferentes canales de distribución. Se centra en los grandes almacenes GAHM porque tienen el 68% de las ventas por canal de distribución. Se mira si existen negociaciones entre los importadores y los hipermercados para la fijación del precio de reventa y para determinar si se trataba de un acuerdo vertical (numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) o de una influenciación (numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992).

Fue entonces cuando la SIC comenzó a trazar los lineamientos del análisis que debe hacerse para establecer la injerencia de las actividades comerciales relacionadas con los efectos de FPR en el mercado. Lo anterior, observando una serie de variables que determinan con mayor facilidad la importancia del impacto, por lo cual fue posible realizar un análisis a favor de los acuerdos en mención cuando estos reportasen importantes beneficios al mercado que superaran las implicaciones negativas que el mismo pudiere llegar a tener. En especial, los beneficios que pueden generar las restricciones verticales impuestas en la competencia intermarca.

Considera la entidad que la justificación dada por los productores en cuanto a la razón para fijar precios resulta insuficiente, en tanto que la doble marginalización⁶¹ no genera un impacto de tal magnitud que permita establecer que resulta benéfica para la competencia o el mercado la implementación del acuerdo⁶². Lo anterior, puede ser considerado como un factor positivo del acuerdo, pero es necesario que esté acompañado de otros elementos que justifiquen la subsistencia del mismo, así como los beneficios relacionados con la

⁶¹ *Consiste en disminuir la ganancia total de la estructura vertical mediante la reducción de la producción por debajo del nivel que maximizaría los beneficios.* (Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 4.

⁶² CETINKAYA, Volkan. "Essays on Vertical Restraints and Vertical Integration", The State University of New Jersey, Octubre de 2009.

prevención de comportamientos de oportunismo y la búsqueda de la complementariedad vertical.

Evitar la competencia parasitaria comienza a ser la primera consideración de la SIC para reconocer la FPR en las relaciones verticales. Este problema tiene como solución fundamental eliminar la competencia por precios y en su lugar estimula la competencia en servicios complementarios de los distribuidores que impulsa a mejorar la calidad del servicio requerido por el productor para la venta de sus productos, lo cual será lo que determine el mejoramiento de su posición en el mercado. En cuanto a la marca, la SIC establece que la FPR elimina la competencia entre distribuidores, generando que tengan que incentivar la competencia en la prestación de servicios complementarios sin que se den los *free riders*⁶³, que en caso de no existir la fijación del precio se verían beneficiados por las externalidades generadas por otros competidores. Esto se encuentra íntimamente relacionado con la reputación de la marca en los casos en los que el distribuidor ha invertido en el prestigio de la misma, pues las inversiones que se requieren para posicionar el producto terminaría siendo aprovechado (ilegítimamente) para otros distribuidores que no incurren en los mismos esfuerzos y costos que los distribuidores que siguen las políticas de atención pre y postventa.

Los canales de comercialización son otro de los efectos positivos que puede tener una restricción vertical dado que por medio de estas restricciones se permite la configuración de redes de distribuidores más especializadas, fundamentalmente porque más distribuidores van a querer comercializar el producto en función de la protección ante los comportamientos de *free rider*, lo que genera que perdure en el mercado y no sea excluido por dinámicas menos eficientes en el mismo⁶⁴.

No obstante lo anterior, la SIC también determinó algunos de los efectos negativos que de la FPR pueden derivarse. Estos son por ejemplo, la creación de carteles de precios tanto a nivel de productores como de distribuidores, en los cuales se solicita al productor la fijación

⁶³ GUNDLACH, Gregory, “*Free Riding and Resale Price Maintenance: Insights from marketing Research and Practice*”, The Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 2, 2010, p.386.

⁶⁴ También se trataron consideraciones de doble marginalización, desarrollada previamente en Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 4.

del precio y que haga cumplir el acuerdo. También facilita que una empresa adquiera posición dominante en el mercado, promueve el alza de los precios, entre otros efectos⁶⁵.

En el caso en concreto, es claro que los precios son sugeridos y no impuestos dado que se muestra claramente la diferencia entre el precio promedio ponderado de cada uno⁶⁶. Adicional a ello, la Delegatura determinó que efectivamente existe competencia de precios en la oferta, y que esta se da principalmente por la política de descuentos y promociones que manejan los distribuidores en adición a la lista de precios sugeridos.

iv. ASUNTO MOLINOS ROA Y FLORHUILA. RESOLUCIÓN NO. 16562 DE 2015.

El caso “*Roa Florhuila*” se estudió a través de la resolución 16562 de 2015, en esta investigación se originó en razón a que varios clientes de Molinos Roa y Molinos Florhuila habrían firmado acuerdos en los que se comprometieron a no establecer precios de venta al consumidor inferiores a los acordados, so pena de ser sancionados por los investigados. En esta medida se iría en contravía del numeral segundo del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, por medio del cual se restringen conductas orientadas a alterar el libre albedrío de otro sujeto respecto del precio de los bienes y servicios de quien los produce. Es así como aparece nuevamente el verbo rector “influnciar” que debe ser interpretado de conformidad con las disposiciones de la SIC en resoluciones anteriores⁶⁷.

Considerando que los investigados tienen el mismo equipo, los mismos accionistas, los mismos administradores, las mismas políticas empresariales, etc. no se consideran empresas distintas. La participación conjunta de ellos corresponde al 33% del mercado entre el 2009 y 2011. Los precios mínimos tenían que ser los de la plaza mayorista, y de identificar un precio por debajo de este se interrumpiría la relación comercial. Según los acuerdos, Molinos Roa y Molinos Florhuila fijaban un precio y un margen de rentabilidad que debía ser acatado por los distribuidores. Por el supuesto poder de mercado de los investigados, estos tienen la capacidad de influenciar los precios y además se pueden considerar una barrera de entrada para la participación de otros molinos en el mercado.

⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio *ut supra* 4, p.11.

⁶⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 4, p.19.

⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 4.

Adicional a ello, la importancia de la marca de arroz de Molinos Roa y Molinos Florhuila implica que es un producto que no es de fácil sustitución por la alta fidelidad a la marca que tienen los consumidores sobre dichos productos.

La conducta no se adecuó al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, debido a que en realidad no existió un acuerdo, sino un acto contrario a la libre competencia, en tanto nunca confluyeron las voluntades de los Molinos con sus clientes, sino que estos de manera unilateral impusieron las condiciones y FPR a sus clientes⁶⁸. Por esa razón, aun cuando fueron llamados “acuerdos comerciales” se les debe sancionar invocando el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, por dar lugar al verbo “influnciar” y limitar el libre albedrio de los distribuidores.

La SIC diferencia los acuerdos de los actos restrictivos de la competencia, en tanto los primeros suponen la participación de dos o más agentes en el mercado, y los segundos se caracterizan por ser comportamientos de carácter unilateral⁶⁹. Es necesario adicionalmente, que para que un acto contrario a la libre competencia tenga relevancia en el mercado debe existir cierto poder de mercado del sujeto activo y la ejecución de conductas idóneas por parte del mismo.

Haciendo mención al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la SIC se refiere a los efectos de los acuerdos verticales y concluye que su identificación *a priori*⁷⁰ no es factible, por lo cual sus efectos en la competencia se verán únicamente cuando estos se materialicen. Por lo tanto, cuando se presente una restricción vertical se presumirá la existencia de una restricción, pero con la posibilidad de que la misma pueda ser desvirtuada por tener efectos positivos mucho mayores que los negativos⁷¹. Como es de suponer, esta carga de la prueba recaerá sobre los investigados quienes tendrán que demostrar sus beneficios, como previamente ya había determinado la SIC.

Volviendo al análisis del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, la SIC cambio su posición en relación con la independencia de la que debían gozar los sujetos de

⁶⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16562 de 2015. p.3.

⁶⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 68.p.17.

⁷⁰ OECD, *Competition and Trade Effects of Vertical Restraints*. (2000)

⁷¹ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 68.p.21.

la conducta, para establecer que también es posible que se dé la influencia en casos en los cuales existe asociación entre los mismos. Sin embargo, la conducta debe ser unilateral, que es uno de los requisitos que no fue modificado, de tal manera que se hace necesario para adecuar el comportamiento a la norma.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede evidenciar que el método impuesto por la SIC para la valoración de la conducta de los investigados rompió con el método de ilegalidad como punto de partida. Pues emprendió un análisis más profundo teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto y los efectos que la conducta reprochada tuvo para el mercado en los últimos años, dando paso a la prueba en contrario. Sin embargo cabe resaltar que aun así primó la norma en la medida en que la SIC entendió la conducta como perfectamente descrita en la ley, se acogió a una presunción y no incluyó en su tarea analizar o por lo menos considerar las eficiencias que hubieran podido emanar de dicha conducta.

De acuerdo con lo señalado es evidente que la FPR ya no se considera como una conducta necesariamente restrictiva de la competencia, por esto la autoridad competente encuentra necesario realizar un análisis detallado del caso en concreto para así lograr establecer la existencia de la responsabilidad del investigado. No obstante, se puede observar que la fijación de precios sigue la línea de una presunción de ilegalidad, es decir, hasta que el investigado no pruebe la eficiencia derivada de su conducta, la SIC se acogerá a que ante la existencia de un acuerdo de FPR, esto es, la mera conducta siempre se presumirá anticompetitiva y por ende ilegal.

En relación con la conducta realizada por Molinos Roa y Molinos Florhuila, la SIC encontró evidencias suficientes que permitieron establecer que se violó el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2135 de 1992, definiendo la efectiva influencia que se ejerció sobre clientes y aliados comerciales⁷². Se determinó por parte de los investigados un precio máximo de venta que correspondía a “\$100 por debajo de la plaza de referencia” y cuyo incumplimiento derivaría en la terminación del contrato comercial de manera unilateral⁷³. Se realizaban adicionalmente una serie de seguimientos a los precios a los cuales se estaban

⁷² Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 68.p.36.

⁷³ Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 68.p.37.

vendiendo los productos y se hicieron actas de compromiso en las cuales se determina nuevamente la política de precios que debían mantener los socios comerciales. Molinos Roa y Molinos Florhuila tampoco permitían el traspaso de descuentos a los clientes, en perjuicio de la libertad de empresa.

VII. DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo se expondrá la postura de los Estados Unidos y la Unión Europea en relación con la FPR, estableciendo su aplicación en el marco del contrato de franquicia. Lo anterior con el propósito de evidenciar el contraste existente entre estas dos legislaciones y la normatividad colombiana expuesta previamente.

A. ESTADOS UNIDOS

El análisis del derecho de la competencia en Estados Unidos debe hacerse a través de una cronología de los casos más relevantes en la materia que nos ocupa, para esbozar los cambios en la jurisprudencia Norteamericana que han llevado a las consideraciones que hoy en día se aplican en relación con la FPR y su uso en el marco de un contrato de franquicia, como también, conocer con más detalle aquellos pronunciamientos judiciales que son de referencia en los casos decididos por la autoridad colombiana. La Ley Sherman de 1890, fue la primera ley federal en materia de derecho de la competencia en Norteamérica, que mediante sus artículos 1 y 2 prohibió los acuerdos que de forma irrazonable limiten el comercio⁷⁴, las conductas de monopolización y el intento de monopolizar respectivamente.

i. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DESDE 1911 HASTA 1997

Gran parte de la aplicación de la normativa de competencia relacionada con las restricciones verticales como horizontales, ha considerado un número importante de este tipo de acuerdos como anticompetitivos, sin que se requiriera un análisis profundo de las probables consecuencias nocivas de dichos comportamientos, identificando por objeto y/o por efecto la ilegalidad de estas conductas a través de la ley Sherman y los

⁷⁴ Ley Sherman 1890. "Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal."

pronunciamientos de la Corte Suprema. Por ejemplo, en el histórico caso de Dr. Miles de 1911⁷⁵. En esta oportunidad, de forma relevante, no se hizo una distinción entre la naturaleza y efectos de los acuerdos horizontales y verticales, sino que por el contrario se buscaba identificar el razonamiento.

Sin embargo, con el tiempo se empezó a flexibilizar la jurisprudencia americana y en 1919, con la decisión *United States v. Colgate Co.*⁷⁶ donde la Corte Suprema consideró, que el precio anunciado de manera unilateral y con anterioridad a un distribuidor no constituía conducta anticompetitiva, siempre y cuando el productor no ostentara una posición monopolística dentro del mercado relevante buscando mantener un monopolio⁷⁷. Al presentarse como un anuncio de un precio al que se quiere vender, no podía considerarse como un acuerdo dado que el sometimiento dependía exclusivamente del distribuidor, así el producto señale que si el distribuidor no cumple con el precio sugerido no le seguirá vendiendo el mismo. A partir de este caso se comenzó a distinguir entre la FPR unilateral y la concertada, siendo la segunda aquella que resulta nociva para la libre competencia.

Otra consideración, que podemos derivar del asunto *Northen Pacific Railway*, nos permite señalar el reconocimiento de reglas *per se* de ilegalidad que se fundamentaban en supuestos muy estrictos de la tipología de la conducta. La Corte en éste sentido señaló:

*“There are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use”*⁷⁸

Posteriormente en el caso de *Albrecht vs The Herald Co.*⁷⁹ en 1968, la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció que uno de los efectos de la FPR es que puede terminar por producir los mismos daños que un acuerdo horizontal, y que adicionalmente limita la capacidad de competencia del distribuidor en relación, no con el precio, sino con otros

⁷⁵ Supreme Court of the United States. *Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911).

⁷⁶ Supreme Court of the United States. *United States v. Colgate Co* 250 U.S. 300. 1919.

⁷⁷ OECD Secretariat, and others. Report on *Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements*. p.132.

⁷⁸ Supreme Court of the United States. *Northen Pacific Railway Co v United States* 356 U.S. 1, 5. 1957

⁷⁹ Supreme Court of the United States. *Albrecht vs The Herald Co.* 390 U.S. 145 .1968.

aspectos del mercado tales como la calidad en la prestación del servicio al consumidor⁸⁰. En este caso particular, adicional a la FPR por parte de The Herald a Albrecht, se hizo una distribución exclusiva del territorio, lo cual generó que en virtud de un acuerdo vertical se diera adicionalmente un acuerdo horizontal, por lo que los efectos anticompetitivos se vieron intensificados.

En 1984 la Corte Suprema falló el asunto Monsanto Co. V. Spray-Rite Co.⁸¹, en el cual determino que era necesario demostrar que la libertad de acción del distribuidor se veía limitada por la influencia que se ejerce sobre los precios por parte del proveedor, para poder establecer la anticompetitividad *per se* de una restricción vertical, en especial en el marco de un contrato de franquicia. Es decir, que los precios sugeridos eran permitidos siempre que se demostrara, a través de un análisis de los canales de comunicación entre las partes, que no hubo una imposición por parte del proveedor donde se estuviera constriñendo al distribuidor a adoptar ciertas políticas de precios. En este caso la Corte también consideró ilegales *per se* todas aquellas restricciones verticales que lograran la FPR amenazando a los distribuidores con la toma de represalias a quienes no obedecieran, tales como la negativa a contratar⁸². No obstante, en el caso Colgate se mencionó la posibilidad de fijar precios de reventa bajo ciertas condiciones, por lo que estas serían restricciones verticales permitidas cuya represalia está justificada en que la fijación del precio se convierte en una de las condiciones que debe aceptar el distribuidor para la celebración de un contrato con el productor.

En el caso de Atlantic Richfield Co. v USA Petroleum Co. en 1990, se reconocen por primera vez los efectos procompetitivos en las relaciones intermarcas de un acuerdo vertical de FPR máximos. Esto debido a que el acuerdo disminuía los precios del producto beneficiando a los consumidores, y el afectado (demandante) se vería obligado a bajar sus precios que eran más altos que los establecidos en el acuerdo, razón por la cual se disminuiría su margen de ganancia. El daño para ese distribuidor particular se veía compensado con los beneficios que para el mercado en general traía la restricción. Adicionalmente, siempre que los precios no se conviertan en predatorios, que estos bajen

⁸⁰ ZULETA, LONDOÑO, Alberto. *La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia.*

⁸¹ Supreme Court of the United States. Monsanto Co. V. Spray-Rite Co., 465 U.S. 752 (1984)

⁸² OECD Secretariat, and others. *ut supra* 77.p.104 y 131.

comportará un beneficio para los consumidores⁸³, de donde se deriva la justificación para permitir la existencia de dicha restricción.

Siete años después, se presenta el caso *State Oil Co. vs Khan*⁸⁴, en el cual el proveedor impone un precio de venta de gasolina al arrendatario de una estación de propiedad de State Oil. En principio este caso se iba a analizar haciendo alusión a la decisión *Albrecht* en 1968; no obstante, dada la existencia del principio de *stare decisis*, era necesario remitirse al sentido del último fallo de la Corte Suprema⁸⁵. En este caso, se determinó la importancia de delimitar el margen de discrecionalidad del distribuidor en relación con los precios, dado que este puede resultar dañino para el productor en relación con sus ganancias, como ocurriría en el marco de un contrato de franquicia. Esto fundamentado en que la imposición de precios muy altos por parte del comprador, generaría una baja en las utilidades del productor, en tanto los consumidores preferirían bienes o servicios sustitutos provenientes de otros empresarios con precios más asequibles. Para lograr dicho control sobre el distribuidor, se impone una restricción vertical, que limita el accionar en relación con los precios de venta al consumidor final.

En relación con la FPR muy bajos, la Corte Suprema dentro de su análisis considero que un productor no impondrá precios que pudieran lograr aversión al producto por parte del consumidor final, por lo que tiene que proteger al distribuidor en el sentido de que este pueda lograr de manera eficiente su cometido dentro del mercado⁸⁶. Adicional a ello, dijo la Corte Suprema que fijar precios inferiores resultaría en la eliminación de distribuidores que son poco eficientes, lo cual resultaría en un beneficio dentro del mercado. A pesar de dichas precisiones, continuó considerando este tipo de FPR como anticompetitivos.

El caso *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc* de 1997 fue analizado teniendo en consideración los lineamientos planteados en el asunto *Arnold, Schwinn & Co. (Schwinn)*, que en 1951 había establecido la ilegalidad *per se* de los acuerdos donde el productor entregaba el bien y quedaba por cuenta y riesgo del distribuidor la posterior reventa del

⁸³ OECD Secretariat, and others. *ut supra* 77.p.107.

⁸⁴ Supreme Court of the United States *State Oil Co. vs Khan*, (1997)

⁸⁵ ZULETA. *ut supra* 80.p.14

⁸⁶ ZULETA. *ut supra* 80.p.16

mismo. No obstante lo anterior, en el análisis de este contrato de franquicia determinó las diferencias entre una restricción de precios de naturaleza vertical y una restricción de factores distintos del precio, estableciendo que los segundos resultaban ser menos restrictivos de la competencia y por tanto dignos de un análisis que no los considerara ilegales *per se*⁸⁷, dando paso a la regla de la razón que más adelante tomará una relevancia innegable:

*“(…) each case arising under the Sherman Act must be determined upon the particular facts disclosed by the record, and . . . the opinions in those cases must be read in the light of their facts and of a clear recognition of the essential differences in the facts of those cases, and in the facts of any new case to which the rule of earlier decisions is to be applied”*⁸⁸

ii. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA DESDE 2007 EN ADELANTE

En lo relativo a las restricciones de FPR mínimos, el caso *Leegin Creative Leather Products Inc. (en adelante Leegin) v. PSKS, Inc, DBA KAY’S Kloset...KAY’S SHOES (en adelante KAY’S)*, cambió el sentido de la jurisprudencia por cuanto estos acuerdos, que hasta 2007 se consideraban ilegales *per se*, también deben ser analizados bajo la regla de la razón⁸⁹. Se determinó que la realización de un estudio detallado permitirá balancear los efectos positivos y negativos en relación con la competencia, logrando así dinamizar las prácticas del mercado⁹⁰. Fue entonces cuando la doctrina estadounidense comenzó a encontrar que las restricciones verticales podrían presentarse por la aceptación tácita del distribuidor o por la coerción ejercida por el proveedor⁹¹.

Durante 5 años, leegin venía imponiendo precios de reventa a sus distribuidores, específicamente en relación con la aplicación de descuentos a los consumidores. Pasados 5 años de esta regulación, Leegin encontró que KAY’S no cumplía con dicha normatividad y

⁸⁷ OECD Secretariat, and others. *ut supra* 77.p.103.

⁸⁸ Supreme Court of the United States. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36 (1977)

⁸⁹ JARVIS Darrell. *Enforcing Consistent Pricing Within Franchise Systems*. The Franchise Voice. Canadian Franchise Association. p.3. 2012. Disponible en: http://www.fasken.com/files/Publication/e08763bf-573c-4c69-84e0-5226d3af4f20/Presentation/PublicationAttachment/16f493c8-6acc-4a3c-a56b-b439b2f6e170/Enforcing_Consistent_Pricing_within_Franchise_Systems_Franchise_Voice_Feb_2012.pdf

⁹⁰ T. GUNDLACH, J.D. *ut supra* 63.

⁹¹ T. GUNDLACH, J.D. *ut supra* 63.p.30.

terminó el contrato de distribución que tenían. En primera instancia la decisión condeno a Leegin, no obstante este último controvirtió la decisión y solicitó la derogación de la doctrina Dr.Miles. Sin embargo, la revisión del tema se ha tornado compleja puesto que la jurisprudencia respecto de la regla de la razón en FPR no está determinada con claridad, y al parecer el caso de Leegin ha dado paso a que se realicen interpretaciones ambiguas⁹².

Recientemente, y tomando como punto de partida el caso Leggin, se ha analizado el caso de los lentes de contacto, el cual se ha tornado supremamente importancia dado el exagerado incremento en los precios de este producto por parte de los cuatro fabricantes mayoritarios de este producto, las demandas aumentaron de tal forma que ha resultó inevitable analizar con detenimiento este caso.

Las Enhanced Primary Care (EPC), son las instituciones de salud de Estados Unidos, las cuales han generado grandes problemas en relación con el mercado de los lentes de contacto y enardecido el debate en relación a los mismos, debido a que son ellos los que formulan los lentes y adicionalmente los distribuyen, por lo cual resulta increíblemente sencillo manipular el mercado. En adición a ello, se cuestiona si las prescripciones que realizan están basadas en el interés del paciente o en la venta de los lentes de los que son distribuidores. Si bien es cierto que se aumenta la competencia intramarca de las EPC, debido a que los lentes de contacto recomendados por esta institución serán los que realmente compitan, se hace a costa de los beneficios que el paciente pudiere llegar a tener en caso de conocer o poder acceder a otras marcas, distintas de las ofrecidas por las EPC, que podrían ser de mayor utilidad para el mismo.

En lo referente a los consumidores, uno de los grandes problemas entorno a este mercado consiste en el poco conocimiento por parte de quienes hacen uso de los lentes. Esto debido a la especialidad de la materia, que permite que únicamente profesionales de la optometría puedan determinar con exactitud qué tipo de lentes se necesitan para cada afección. Específicamente en cuanto a la FPR, el consumidor final se ve afectado por que debe pagar un precio más alto por el mismo producto.

⁹² T. GUNDLACH. *ut supra* 63.p.8.

Se hizo evidente que existen perjuicios, tales como los mayores precios de venta que generan una disminución en la innovación en el servicio de distribución. Sin embargo, también existen beneficios como la eliminación de la competencia parasitaria o *free rider*. Todo lo anterior, derivado del uso de la regla de la razón por la cual es necesario considerar los pros y los contras de cualquier acuerdo vertical. Resulta aún más complejo el tema cuando se hace alusión a la posición de los productores, quienes aseguran que su comportamiento es de imposición unilateral de precios, pues como se vio anteriormente, es una práctica que se encuentra permitida en el derecho de la competencia de los Estados Unidos. Sin embargo, la Corte Suprema luego del fallo *Leggin* ha dicho que las diferencias entre la concertación o imposición unilateral de precios tienen efectos muy similares y por tanto la distinción no ostenta necesidad alguna⁹³.

Se ha considerado de vital importancia dentro del análisis de la regla de la razón, determinar si no existen alternativas menos restrictivas de la competencia, o que simplemente no se encuentren descritas como restricción dentro del mercado para lograr un mismo objetivo comercial. Las restricciones comenzaron a ser impuestas por ALCON, productor de lentes de contacto que en 2013 inició la revolución de los precios del mercado de este producto. Acto seguido, los grandes fabricantes siguieron sus pasos, algunos imponiendo precios sobre nuevos productos y otros fijando precios de productos que ya existían en el mercado.

Se han realizado análisis en torno al tema de los lentes de contacto y la doctrina ha concluido que en realidad es necesario mirar opciones distintas a la FPR, que puedan llegar a generar un impacto menos nocivo en la libre competencia. La *Federal Trade Commission* (FTC), también ha considerado necesaria esta medida en tanto la industria de los lentes de contacto ha generado impactos dignos de revisión, pero que aun teniendo deficiencias, igualmente aporta beneficios. Por tanto, se ha criticado la regla de la razón y se ha dicho que el tema aún no está lo suficientemente delimitado y esclarecido por parte de las autoridades.

⁹³ T. GUNDLACH. *ut supra* 63.p.31.

Sin perjuicio de lo anterior, en 2008 la FTC modificó una orden que había impartido a Nine West Group, Inc en la cual le prohibía la FPR permitiendo que se consolidara dicha restricción, bajo la condición de que la empresa rinda reportes periódicos a la comisión para analizar los efectos que puede tener dicha medida sobre la competencia⁹⁴. Todo esto, justificado en la decisión del caso Leegin, donde la FTC considero que no generaba un perjuicio para la competencia y que por el contrario representaba la adquisición de beneficios por parte de los consumidores⁹⁵.

iii. RESTRICCIONES VERTICALES DE FPR Y CONTRATO DE FRANQUICIA EN ESTADOS UNIDOS

Dada la normatividad en relación con la FPR, las franquicias se han visto beneficiadas siempre que la regla de la razón permite un mayor margen de acción para el franquiciante. La limitación frente a este tipo de contratos, se dirige de manera más específica a las franquicias donde existe un efectivo poder de mercado. Sin embargo, como lo sostiene JOSEPH, para las franquicias en potencia el verdadero problema radica en que:

“(...) Franchisors do not have market shares in the end products sold by their systems even approaching the 30 percent level that typically raises an antitrust eyebrow. And in many franchise systems, there is no dominant retailer that could force the franchisor to implement anticompetitive RPM.”⁹⁶

Debido a lo anterior, las franquicias tienen sistemas de colaboración que les permiten generar eficiencias en sus organizaciones, por lo cual deberían ser consideradas como empresas económicas singulares que no tienen incidencia dentro de los actos contrarios a la libre competencia.

No obstante, en relación a la FPR en las franquicias es necesario revisar la doctrina de Copperweld, donde se establece con claridad que para que una demanda de FPR prospere

⁹⁴ Federal Trade Commission. (FTC) *FTC Modifies Order in Nine West Resale Price Maintenance Case*. 2008. Disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/05/ftc-modifies-order-nine-west-resale-price-maintenance-case>

⁹⁵ FTC (Federal Trade Commission). *ut supra* 94.

⁹⁶ JOSEPH, Robert T. *Antitrust Law, Franchising, and Vertical Restraints*. Franchise Law Journal.2011.

es necesario demostrar que las decisiones del franquiciante y el franquiciado no son autónomas. Entonces, se debe establecer el nivel de injerencia que tiene el franquiciante, para determinar si es una sugerencia de precios o una fijación de los mismos, porque se entiende que las decisiones de cada uno son distintas dado que se consideran empresas singulares. A raíz del caso Colgate, mencionado con anterioridad, se ha determinado que la relación entre franquiciado y franquiciante es supremamente estrecha y que por dicho motivo se genera un contacto importante entre las diferentes franquicias⁹⁷. Esto conlleva a que el franquiciante maneje de forma similar todos los negocios de un mismo bien o servicio.

Se ha hecho alusión al punto de que el acuerdo no será ilegal siempre que se haga de manera vertical y pueda ser analizado bajo la regla de la razón, así WITTROCK considera que estos acuerdos siempre deben ser:

“(...)fair and efficient way to prohibit anticompetitive restraints and to promote competitive ones.”⁹⁸.

Se considerará legal siempre que los franquiciados no constriñan al franquiciante para tomar una u otra decisión, lo que derivaría en un acuerdo horizontal, que conforme a la jurisprudencia anteriormente vista, resultaría ilegal. Adicional a ello, resulta pertinente recordar que el franquiciante tiene un interés legítimo en el desarrollo del negocio del franquiciado, siempre que la calidad de la prestación del servicio o del producto determinará la prosperidad económica de la franquicia. Es así, como se permiten conductas tales como la negativa a contratar o no renovar el contrato de franquicia siempre que cumpla con dos requisitos. En primera instancia que sea con miras a la protección del negocio conservando el interés primario de la franquicia⁹⁹ y, en segunda instancia, que el franquiciante lo haga de manera unilateral¹⁰⁰. El franquiciante, está poniendo la reputación de su marca y la rentabilidad de su negocio en manos del franquiciado, por lo cual el margen de injerencia que este tiene sobre la constitución de la franquicia es superior en

⁹⁷ OECD Secretariat, and others. *ut supra* 77.p.133.

⁹⁸ WITTROCK, Quentin R and L.JOHNSON, Jeremy L. *Can Franchisors Control Franchisee Prices?*. Franchise Law Journal.2009 p.2.

¹⁰⁰ OECD Secretariat, and others. *ut supra* 77.p.132.

tanto su interés por el negocio es evidente. En 1982, el caso *Krehl v. Baskin - Robbins Ice Cream* considero que las franquicias deben mantener el nivel de los productos o servicios y que es gracias a esa característica particular que el franquiciante tiene la capacidad de influenciar la forma de realizar los procedimientos para llegar al producto final, de lo cual se deriva también la importancia de la posibilidad de fijar precios de reventa en este tipo de contratos.

Antes del fallo *Leegin* de la Corte Suprema, se consideraba *per se* ilegal la FPR de los franquiciantes a los franquiciados, sin embargo, gracias a la regla de la razón los primeros pueden demostrar que la libre competencia no se ve afectada en virtud de la restricción. Lo anterior no únicamente frente a las restricciones verticales en general sino que, “*luego del pronunciamiento en relación con el caso en cuestión, los franquiciantes se enfrentan con la posibilidad de que los acuerdos verticales de fijación de precios de reventa mínimos, puede ser legal.*”¹⁰¹. Pero, en cualquier caso cuando el franquiciante tenga puntos de venta propios que compitan contra los que tiene el franquiciado, se considerará que cualquier acuerdo de precios es un acuerdo horizontal y por lo tanto *per se* ilegal¹⁰².

No obstante esta nueva liberalidad por parte de la Corte Suprema está limitada por tres supuestos que permiten determinar casos en los cuales aun cuando sea una franquicia la restricción será anticompetitiva¹⁰³:

1. Cuando en el mercado relevante todos los proveedores, o la mayoría de ellos impongan restricciones de precios a los franquiciados.
2. Cuando el franquiciante tenga posición de dominio en el mercado relevante.
3. Cuando la restricción sea creada por un acuerdo entre los franquiciados de una misma franquicia en perjuicio del franquiciante.

¹⁰¹ WITTROCK, Quentin R and L.JOHNSON, Jeremy L .*ut supra* 98,p.3.

¹⁰² GANDHI, Honey V. *Franchising in the United States*. Law and Business Review of the Americas. 2014.

¹⁰³ STEVEN B. Feirman; ROBERT T. Joseph; COURTNEY L. Seely. International Franchise Association. *Antitrust Law Developments in Franchise Sistem Pricing – Legal Principles and Best Practices*. 47th Annual Legal Symposium. Chicago. Pg.2. Mayo 4-6 de 2014. Disponible en: <http://emarket.franchise.org/d/2014-legal-attendees/Antitrust%20Pricing%20Paper.pdf>

Los franquiciantes deben tener en cuenta que la FPR podrá ser aplicada por ellos cuando se haya analizado los efectos pro competitivos de la conducta, además de monitorear los resultados que de ello se desprendan para asegurar que su política de precios está logrando el efecto deseado y no se está incurriendo en una restricción prohibida por la ley Americana¹⁰⁴.

A través de la FPR en franquicias se beneficia la competencia en tanto logra eliminar los llamados *free riders*, que son considerados como parásitos dentro del mercado de franquicias¹⁰⁵. Adicional a ello, crea incentivos para que el franquiciante realice inversiones que son importantes, tales como aquellas referidas al Marketing.

Por una parte, el control que realice el franquiciante sobre el franquiciado siempre debe tener una tendencia al mantenimiento de precios en el mercado, que corresponda a lo que efectivamente debe costar un bien o servicio en relación con todos los factores que hacen parte del mismo (marca, calidad, etc.), todo en aras de la protección al consumidor final. Además, se ha evidenciado que el control ejercido hacia el franquiciado promueve la competencia, inclusive cuando existe FPR fijos o mínimos. En general, el argumento para que el acuerdo no sea considerado ilegal será que la existencia de las franquicias en el mercado depende de la utilidad que estas puedan generar, manteniendo un margen de ventas determinado¹⁰⁶.

La FPR es una decisión que toma el franquiciante, pero siempre será necesario que lo haga con la diligencia necesaria para que la fijación sea transparente y no reactiva frente a fenómenos del mercado tales como la entrada al mismo por parte de nuevos productores. Para los franquiciantes resulta imperativo establecer cuál es el mercado relevante y el poder de mercado que ellos ostentan dentro del mismo para poder dilucidar con mayor claridad los efectos que a largo y corto plazo tendrán los acuerdos que pretenden celebrar¹⁰⁷. Dicho esto, de ahí se derivará la legalidad o ilegalidad de una conducta dentro de la libre

¹⁰⁴ DAVID L. Chan and JEFFREY S. Fabian. *U.S. Supreme Court changes course on Minimum Resale Price Maintenance*. IFA (International Franchise Association). 2007. Disponible en: <http://www.franchise.org/us-supreme-court-changes-course-on-minimum-resale-price-maintenance>

¹⁰⁵ OECD Secretariat, and others. *ut supra* 77.p.164.

¹⁰⁶ WITTROCK, Quentin R and L.JOHNSON, Jeremy L . *ut supra* 98.p.Pg.4.

¹⁰⁷ JOSEPH. *ut supra* 96.p.. 1.

competencia. La importancia de realizar este análisis de manera exhaustiva será que de ello dependen las posibilidades de ganar una demanda en caso de que alguien considere la conducta como anticompetitiva dentro de los lineamientos de la Corte Suprema¹⁰⁸.

Por lo tanto, es claro que en la legislación de los Estados Unidos, es precaria la claridad respecto de la legalidad o ilegalidad de la FPR en las franquicias. La adopción de estas medidas puede ser procompetitiva o anticompetitiva y la única seguridad podría ser la que otorga el caso Leggin, en cuanto la conducta se estudiara bajo la regla de la razón. No obstante, la inseguridad jurídica genera un riesgo importante para estas empresas en tanto decidan incluir este tipo de cláusulas dentro de sus contratos¹⁰⁹.

b. UNIÓN EUROPEA (UE)

Los cambios en la Unión Europea sobre los acuerdos verticales y específicamente respecto de los de FPR, han sido posibles principalmente a través de transformaciones de carácter normativo y regulatorio.

i. ANTECEDENTES

En un principio, la interpretación de los diferentes Tratados que dieron lugar a la conformación de la Unión Europea permitía una valoración de presunción de ilegalidad en materia de acuerdos verticales. Como parte de la configuración del derecho de la competencia en la Unión Europea, el sistema regulatorio exigía la presentación de los acuerdos que fueran a desarrollarse en el mercado para que la Comisión diera su visto bueno. Durante este proceso de revisión previa de los acuerdos, la Comisión empezó a adoptar excepciones para algunos acuerdos que no comportaban un daño que fuera potencialmente idóneo para que estos vulneraran efectivamente la libre competencia y por lo tanto se entendieran como ilegales. Bajo el desarrollo de esta política también se debe reconocer la existencia de tres reglamentos diferentes que regulaban los acuerdos verticales entre empresas que pretendían señalar cuando dichos acuerdos serían considerados acordes

¹⁰⁸ WITTROCK, Quentin R and L.JOHNSON, Jeremy L . *ut supra*. p.5.

¹⁰⁹ SANTOS LORENZO, Salomé. *Cambios en las reglas aplicables a los acuerdos verticales: el nuevo reglamento y las nuevas directrices aplicables a las restricciones verticales*. Disponible en: <http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/10/AEDC-Acuerdos-Verticales.doc>

con el Tratado, uno para los de distribución exclusiva; otro para los de compra exclusiva y, finalmente, un tercero para los de franquicia. Por lo tanto, frente a la existencia de restricciones que no pudieran enmarcarse dentro de los anteriores, debían ser analizados caso a caso y en consecuencia no se les podía aplicar la exención automática. Por último, los reglamentos existentes antes de 1999 dedicaban un apartado especial para “cláusulas negras” las cuales estaban excluidas de dicha prerrogativa, y otro apartado para las “cláusulas blancas” las cuales estaban permitidas. El problema aquí radicaba en que se tomaba como una lista taxativa por cuanto las que no aparecían en la norma no podían ser objeto de exención, aunque tampoco se enmarcaran dentro de las cláusulas negras. De esta manera, frente la existencia de un acuerdo no cubierto por la ley, se debía solicitar una autorización individual a la Comisión Europea para así garantizar la licitud del acuerdo¹¹⁰.

Tiempo después, la entrada en vigencia del Reglamento 2790/1999¹¹¹ eliminó la notificación como requisito para obtener autorización de los acuerdos verticales. Estos debían ser analizados de conformidad con lo establecido en el reglamento. Por otra parte, los reglamentos individualizados se fusionaron en uno solo, siendo el resultante aplicable a cualquier tipo de acuerdo vertical. El cambio más importante que se introdujo consistió en la fijación de un umbral de cuota de mercado del 30% establecido para el productor, por tanto cualquier porcentaje que se diera por debajo del mencionado umbral tendría como efecto la presunción de legalidad del acuerdo al cual se le aplicaba. Así mismo se permitió la sugerencia de precios y la imposición de precios de venta máximos. Lo anterior con la única salvedad de que el acuerdo no podría contar con “restricciones especialmente graves”, es decir, las que se refieren particularmente al mantenimiento de precios de reventa (fijación de precios mínimos o fijos como resultado de presiones provenientes de alguna de las partes) o las relativas al territorio o a los clientes¹¹².

A la postre, entró en vigencia el Reglamento 1/2003 que derogó el régimen de autorizaciones que caso a caso otorgaba la Comisión Europea. Se estableció que el estudio sobre la eficiencia de ciertos acuerdos lo realizarían las mismas empresas, tutelado por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia.

¹¹⁰ SANTOS LORENZO. *ut supra* 109.p.1.

¹¹¹ Reglamento (CE) No 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹¹² Superintendencia de Industria y Comercio. *ut supra* 5.

ii. ACTUALIDAD

El marco normativo actual de la competencia se encuentra determinado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (En adelante TFUE), artículos 101 al 109. Es así como el numeral primero del artículo 101¹¹³ prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

Para la debida aplicación de este artículo es importante tener en cuenta que los acuerdos de que trata tienen que producir efectos sensibles en el comercio entre los Estados miembros. De no ser así la norma no será aplicable al acuerdo correspondiente¹¹⁴. Para una mejor comprensión, las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio¹¹⁵ establecen que “el criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 101 y 102 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la UE.” Es así como un acuerdo que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del artículo 101 debe poder afectar al comercio entre países de la Comunidad Europea, para así poder aplicar el derecho de la UE a la totalidad del acuerdo. A su vez, un acuerdo enmarcado dentro del artículo 102 requiere que el abuso sea el ingrediente que afecte el comercio entre los países, sin implicar que se deba analizar cada elemento por separado, debiéndose evaluar la conducta en su integridad y sus efectos generales.

Lo anterior se ve reflejado en el caso alemán de 1973 donde Deutsche-Phillips impone un precio de reventa a sus distribuidores para mantener la comercialización de su producto en el ámbito nacional. La Comisión encontró inaceptable este acuerdo debido a que en razón

¹¹³ Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹¹⁴ Comisión Europea. *Las normas de la competencia en los acuerdos de suministro y distribución*. Política europea de competencia. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012.

¹¹⁵ Comunicación de la Comisión – *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado* (Diario Oficial de la Unión Europea C 101 de 27.4.2004, p. 81). Disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/trade.html> (sitio web de la Comisión Europea)

de este se impuso una barrera de entrada a los productos importados debido a que el precio era muy bajo. De esta manera se fue en contravía de la normatividad de la UE¹¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, cuando se producen efectos en el comercio, el artículo 101, numeral primero prohíbe aquellos acuerdos que restrinjan la competencia de forma sensible.

El numeral segundo del mismo artículo establece que los acuerdos o decisiones que el mismo prohíbe son nulos de pleno derecho. Sin embargo, por disposición expresa del numeral tercero, las prohibiciones establecidas en el numeral primero podrán ser inaplicables en cuanto contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o fomenten el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. En suma, la norma no será aplicable cuando se presenten ventajas cuya magnitud en términos de eficiencia logren neutralizar los efectos negativos que impliquen para la competencia.

Al respecto y con miras a uniformizar la interpretación de este articulado, la Comisión de la Unión Europea establece las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (actual artículo 101, numeral tercero), por medio de las cuales se determina la forma de analizar y estudiar la legalidad o ilegalidad de un acuerdo, que si bien se encuentra enmarcado dentro del numeral primero, reúne los requisitos del numeral tercero y por tanto, a la luz de la normativa de la UE se considerará legal.

Por disposición de estas directrices, la aplicación de la norma en comento está sujeta al cumplimiento de 4 condiciones que deben cumplirse acumulativamente para lograr ofrecer un producto más barato o de mejor calidad:

a) Los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico¹¹⁷

Los beneficios que se deriven de los acuerdos deben entonces mirarse únicamente desde el punto de vista objetivo, pues como se determinó en la Decisión de la Comisión en el caso

¹¹⁶ DEUTSCHE-PHILLIPS, 5 de octubre de 1973, OJL 298/40. Véase también: AGFA-GEVAERT, EC Vuletin no. 2/1970, parte 2, capítulo 1, Sec.5.

¹¹⁷ Aunque esta disposición solo haga referencia a los productos, se entiende que se aplica también a los servicios por analogía. (Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado).

Van den Bergh Foods Limited: “Sin embargo, el hecho de que dichos acuerdos puedan resultar beneficiosos para sus partes no basta para mejorar la distribución en el sentido del apartado 3 del artículo 85, sino que deben producir ventajas objetivas apreciables en bien del interés público suficientes para compensar las desventajas que causen en el ámbito de la competencia”¹¹⁸.

De esta forma, esta condición tiene como objetivo “determinar qué beneficios objetivos genera el acuerdo y cuál es la importancia económica de las eficiencias”¹¹⁹. Para esto se deben tener en cuenta factores como la naturaleza de las eficiencias, el vínculo entre estas y el acuerdo, la probabilidad e importancia de cada una de ellas, las condiciones de tiempo y la manera en que se darán estas eficiencias.

b) Debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante

El concepto de participación equitativa consiste en que los beneficios derivados de la restricción por lo menos compensen a los consumidores por cualquier perjuicio efectivo o probable. Es decir, el efecto respectivo debe ser si no neutro, beneficioso para los consumidores. De no ser así, la presente condición no se cumpliría y por ende no sería aplicable el numeral tercero del artículo 101 del TFUE. La realización de este análisis deberá consistir en contraponer los efectos negativos con los positivos teniendo en cuenta el mercado de referencia correspondiente según el caso en concreto. Esto en atención a que no se mide cada eficiencia individualmente considerada sino el efecto total del acuerdo. Por ejemplo, si una restricción tiene como efecto el alza de precios, de la misma manera los consumidores deben ser compensados por una mayor calidad del producto que demandan.

c) Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos

El análisis que debe realizarse para determinar el cumplimiento de esta condición radica en estudiar si el acuerdo resulta restrictivo o no y de serlo establecer si cada restricción

¹¹⁸ Decisión de la Comisión, 11 de marzo de 1998, *relativa a un procedimiento de aplicación de los artículo 85 y 86 del Tratado CE* (casos IV/34.073, IV/34.395 y iv/35.436 – Van den Bergh Foods Limited).

¹¹⁹ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=ES)

derivada de este permite obtener un beneficio de la manera más eficiente, por tanto concluir que de no presentarse dichas restricciones no se generarían las eficiencias que se alegan.

Para determinar el cumplimiento de esta condición se deberá estudiar si las eficiencias se derivan específicamente del acuerdo y que sin este no se podrían obtener aquellas; si teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto, las partes no hubieran podido alcanzar las mismas eficiencias con la utilización de otros mecanismos menos restrictivos. Es así como la Comisión establece que “Una restricción es indispensable cuando su ausencia elimina o reduce sustancialmente las eficiencias derivadas del acuerdo o hace mucho más improbable su obtención”¹²⁰. Por tanto, en los eventos en que se determine la indispensabilidad de la restricción, esta condición se entenderá cumplida.

d) El acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.¹²¹

Respecto a esta condición se debe entender que cuando se hace referencia a la eliminación de la competencia es imprescindible tener en cuenta el grado de competencia anterior al acuerdo y la influencia del mismo en la competencia en pro a estudiar en qué proporción se reduce respecto de una parte sustancial del mercado de referencia¹²².

Teniendo en cuenta que el artículo 101 trata diversas cuestiones, cabe aterrizar esta exposición puntualmente sobre la que nos ocupa en el presente trabajo que son las restricciones verticales. La Comisión de la Unión Europea ha reconocido que no siempre los efectos de estas restricciones son negativos, pues el apartado tercero del mismo artículo así lo dispone. La existencia de un acuerdo que restrinja la competencia pero que las ventajas derivadas de este puedan rebosar los efectos anticompetitivos, dependerá de la estructura misma del mercado y por ende se debería llevar a cabo un análisis individualizado. No obstante, el primero de junio de 2010 entro en vigencia el Reglamento de Exención por Categorías n° 330/2010 (en adelante el Reglamento)¹²³ que dispone un ámbito de protección para la mayoría de los acuerdos verticales. Así mismo, en el año 2010

¹²⁰ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. *Ut supra* 119.

¹²¹ Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Diario oficial de la Unión Europea. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=ES)

¹²² Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. *ut supra* 121.

¹²³ Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión. *ut supra* 113.

se publicaron las Directrices relativas a las restricciones verticales (en adelante las Directrices)¹²⁴ las cuales se encargan de adoptar los acuerdos verticales que no fueron tratados en el Reglamento.

Ahora bien, referente al ámbito de aplicación del Reglamento resulta importante resaltar el artículo 1, literal a), en el que se define un acuerdo vertical de la siguiente manera:

“Un acuerdo entre dos a más empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”¹²⁵.

Cabe traer a consideración que, según la citada definición, el reglamento se aplica únicamente a las prácticas concertadas, es decir, se excluyen las conductas que realicen las empresas de manera unilateral. Por tanto, se debe entender que, ante la falta de una manifestación expresa de la voluntad de las dos partes, la Comisión Europea deberá estudiar, y por ende probar que la imposición unilateral de una parte cuenta con el consentimiento de la otra. Por otro lado debe entenderse que la exención solo aplicará para acuerdos entre empresas. No aplicará si una de las partes resulta ser un consumidor final que no funciona como empresa. Estas, deben operar en escalones distintos de la cadena productiva.

Para que una restricción vertical se considere inaplicable al numeral primero del artículo 101 se deben cumplir los siguientes requisitos:

A. Que el acuerdo no comprenda ninguna de las restricciones especialmente graves

El Reglamento contiene las siguientes cinco restricciones especialmente graves que de presentarse, el acuerdo correspondiente será excluido del ámbito de aplicación del Reglamento. Esto debido a que estas restricciones tienen el potencial para producir daños a los consumidores. Por tanto estas restricciones muy difícilmente podrán entrar al ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 101.

1. La fijación de precios de reventa.

¹²⁴ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales. *ut supra* 4.

¹²⁵ Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión. *ut supra* 113.

2. Restricciones relativas al territorio en que el comprador pueda vender los bienes o a los clientes a quien pueda venderlos, sin perjuicio de las excepciones establecidas¹²⁶.
3. y 4. Restricciones a las ventas en el marco de la distribución selectiva.
5. Las referentes al suministro de piezas de repuesto donde no se le puede restringir al productor de dichas piezas que lo distribuya a otras empresas independientes ni al consumidor final.

Para efectos de esta investigación se tendrá en consideración únicamente la restricción formulada en el numeral primero.

La FPR se presume ilegal por dos razones a saber. En primer lugar, genera una presunción de ilegalidad en la medida en que restringe a la competencia y por tanto le es aplicable el artículo 101 del TFUE. En segundo lugar, no es aplicable a la exención por categorías al determinarse como una restricción especialmente grave.

No obstante, existe la posibilidad de alegar las razones de eficiencia que establece el numeral tercero del artículo 101 del TFUE. Las partes implicadas en una restricción de esta naturaleza tienen la carga probatoria de justificar una FPR por cumplir a cabalidad con las condiciones establecidas. Por su parte la Comisión deberá analizar las posibles consecuencias negativas que puedan derivarse de la restricción para poder decidir si efectivamente se cumplen las condiciones.

Por lo anterior, mediante las Directrices la Comisión reconoce que en algunos supuestos de hecho se pueden producir eficiencias en la competencia y por lo tanto sería posible autorizar un acuerdo de FPR¹²⁷.

“Sin embargo, el MPR puede no solamente restringir la competencia, sino también dar lugar a eficiencias, en particular cuando está orientado por el

¹²⁶ El Reglamento de Exención por Categorías contempla excepciones a esta norma, que, por ejemplo, permiten a las empresas aplicar un sistema de distribución exclusiva o un sistema de distribución selectiva. Si un fabricante desea emplear un sistema de distribución selectiva, una excepción aplicable a esta restricción especialmente grave le permite prohibir a sus distribuidores seleccionados la venta, tanto activa como pasiva, a distribuidores no autorizados. Si un fabricante desea aplicar un sistema de distribución exclusiva, los distribuidores exclusivos pueden protegerse contra las ventas activas de los demás, es decir, puede exigírseles que no realicen una aproximación activa, por ejemplo, por correo directo o visitas, a clientes de los territorios exclusivos de los demás, y no dirigir su publicidad activa, en el medio que sea, a clientes de los territorios exclusivos de los demás. No obstante, debe existir siempre libertad para realizar ventas pasivas, es decir, ventas realizadas en respuesta a pedidos no solicitados, incluido el suministro. (Comisión Europea. *ut supra* 114.)

¹²⁷ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010, *ut supra* 4. p.76.

proveedor, que se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3. En particular, cuando un fabricante introduce un nuevo producto, el MPR puede ser útil durante el período introductorio de expansión de la demanda para inducir a los distribuidores a tener más en cuenta el interés del fabricante de promover el producto. El MPR puede proporcionar a los distribuidores medios para aumentar los esfuerzos de ventas, y si los distribuidores en este mercado están bajo una presión competitiva, esto puede inducirles a ampliar la demanda global del producto y a hacer del lanzamiento del producto un éxito, también ES 77 ES en beneficio de los consumidores⁶¹. Del mismo modo, los precios de reventa fijos, y no sólo los precios de reventa máximos, pueden ser necesarios para organizar en un sistema de franquicia o en un sistema de distribución similar, que aplique un formato de distribución uniforme, una campaña coordinada de precios bajos a corto plazo (2 a 6 semanas en la mayoría de los casos) que beneficie también a los consumidores. En algunas situaciones, el margen extra proporcionado por el MPR puede permitir a los minoristas proporcionar servicios preventa (adicionales), en particular en caso de productos nuevos o productos complejos. Si suficientes clientes aprovechan tales servicios para realizar su elección pero luego compran a precio más bajo a minoristas que no proporcionen tales servicios (y por tanto sin incurrir en estos costes), los minoristas que proporcionan más servicios podrán reducir o suprimir estos servicios que elevan la demanda del producto del proveedor. El MPR podrá ayudar a impedir este parasitismo al nivel de la distribución. Las partes tendrán que demostrar de forma convincente que del acuerdo MPR puede esperarse no sólo que proporcione los medios, sino también el incentivo para superar el posible parasitismo entre minoristas en estos servicios, y que los servicios preventa benefician globalmente a los consumidores, como parte de la demostración de que se cumplen todas las condiciones del artículo 101, apartado 3.»¹²⁸

De conformidad con lo anteriormente expuesto cabe aclarar que la normativa de la Unión Europea permite la recomendación de un precio de reventa al igual que, como lo veremos a continuación, una fijación de precio máximo de reventa que esté cubierto por el Reglamento cuando la cuota de mercado de cada una de las partes que integran

¹²⁸ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010, *ut supra* 4.

el acuerdo no exceda el umbral del 30%, dejando de lado la posibilidad de que esto suceda cuando se trata de precios mínimos o fijos producto de presión o de incentivos ofrecidos por alguna de las partes. Así mismo reconoce la eficiencia de este tipo de restricciones en los supuestos mencionados anteriormente.

B. Que el acuerdo no supere el 30% de cuota de mercado.

Lo establecido tanto por el Reglamento como las Directrices responde a la liberalidad que tienen las empresas de escoger la forma de distribución de sus productos de tal manera que puedan celebrar acuerdos idóneos para satisfacer sus necesidades. Sin embargo, se considera que podría existir un efecto negativo por virtud de un acuerdo vertical, cuando se esté en presencia de una empresa (productor o distribuidor) que cuente con cierto grado de poder en el mercado. Por tanto, el análisis sobre un acuerdo vertical debe partir en primer lugar sobre el poder de mercado que pueda llegar a tener alguna de las partes objeto de investigación, el cual será representado según la cuota de mercado que presente cada empresa¹²⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, se infiere que la cuota de mercado resulta ser un factor determinante para establecer la aplicación de la exención en la medida en que, no solo así lo establece la ley, sino que sirve como base para establecer el poder de mercado del investigado. Es así como el Reglamento dispone que para el cálculo de la cuota de mercado debe preceder el estudio y determinación del mercado de referencia¹³⁰ en el que la empresa vende sus productos. Para esto se define tanto el mercado de producto como el geográfico. El primero dependerá de la sustituibilidad del producto, mientras que el segundo estudia las zonas o áreas en que las empresas operan. Una vez se haya estudiado el mercado de referencia, el cálculo de la cuota de mercado debe hacerse en cifras de valor de mercado. A falta de estas se puede usar referencias tales como las derivadas del volumen de las ventas.

En síntesis, y sistematizando el análisis que debe realizarse caso a caso¹³¹, cabe resaltar las diferentes posibilidades que pueden presentarse a consideración:

¹²⁹ SANTOS LORENZO. *ut supra* 109.p.4.

¹³⁰ Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia (Diario Oficial de la Unión Europea C 372 de 9.12.1997). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26073&from=ES>

¹³¹ Véase la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia (Diario Oficial de la Unión Europea C 368 de 22.12.2001, p. 13). <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/deminimis.html>

1. Si la cuota de mercado del productor y del distribuidor es inferior al 30% y el acuerdo no incluye restricciones especialmente graves, se presume la legalidad del acuerdo.
2. Si la cuota de mercado del productor y el distribuidor es superior al 30% y el acuerdo no incluye restricciones especialmente graves, no se presume la legalidad del acuerdo, pero tampoco se presume su ilegalidad. Se presenta una neutralidad que solo se desvirtúa por medio de la prueba de los efectos negativos que el acuerdo comporta para el mercado, donde la carga probatoria la tiene quien investiga, y por otra parte las partes concertantes deberán probar que si bien se genera algún efecto negativo, existe una eficiencia derivada del acuerdo que permite enmarcar la conducta en la excepción del numeral tercero del artículo 101 del TFUE.
3. Si el acuerdo incluye restricciones especialmente graves, independientemente de cuál sea la cuota de mercado del productor y el distribuidor, se presume que el acuerdo está incluido en la prohibición del artículo 101. 1 del TFUE. En este caso se invierte la carga de la prueba para que las partes en el acuerdo se dirijan a desvirtuar la presunción de ilegalidad¹³².

C. Que no se esté en presencia de alguna de las restricciones excluidas de la exención por el Reglamento.

A pesar de que el ámbito de aplicación del Reglamento cubre las restricciones verticales que no se encuentren dentro de la lista de restricciones especialmente graves, las Directrices contemplan tres restricciones verticales que deben cumplir ciertas condiciones para poder ser objeto de aplicación de las exenciones establecidas en él; cláusulas de no competencia durante el contrato; exclusión de marcas específicas en un sistema de distribución selectiva; y la cláusula de no competencia tras el vencimiento del contrato.

iii. RESTRICCIONES VERTICALES DE FPR Y CONTRATO DE FRANQUICIA EN UE

En Europa, no se ha tratado con mayor profundidad los impactos que pueden llegar a tener estos contratos en el ámbito de la competencia. Sin embargo, una primera aproximación para regular la materia fue el reglamento Europeo sobre franquicias (4087/88), que hace referencia a las restricciones verticales que de ellas pueden derivarse y considera la

¹³² SANTOS LORENZO. *ut supra* 109.p.5.

franquicia como una unidad económica que necesita ser regulada. Adicionalmente, establece que en caso de que produzca efectos nocivos será analizada bajo la regla de la razón¹³³. Desde entonces, se consideraba que el análisis debía centrarse en los beneficios que el acuerdo aportaba a la competencia referente a la organización de la distribución de los bienes o servicios¹³⁴.

En múltiples fallos del Tribunal de Justicia Europeo¹³⁵, entre los años de 1987 y 1988, se reconoció que la estructura de las franquicias y la especial protección que merece la propiedad intelectual por la naturaleza de las mismas, eran motivo suficiente para que existieran acuerdos entre franquiciante y franquiciado. Lo anterior, considerando que la protección de la marca por parte del primero era más efectiva cuando se limitaba la autonomía del segundo; al igual que en Estados Unidos y Colombia. No obstante, la FPR continuaba siendo una práctica prohibida dentro del régimen europeo.

En el caso *Pronuptia*, la Corte de Justicia de París determinó que la FPR limitaba la competencia intramarca en tanto dicha restricción afecta a los miembros de una misma franquicia, por lo tanto la decisión estuvo encaminada a proteger el margen de acción de los franquiciados alegando, nuevamente, que no podría hacerse una imposición de precios sino una sugerencia de los mismos. Esto, mientras que no exista una concertación sobre el precio al que se va a revender. Adicionalmente, la Comisión abolió una cláusula que obligaba al franquiciado a no perjudicar la marca a través de la política de precios.¹³⁶

Con la expedición del Reglamento, se trataron determinadas categorías referidas a los acuerdos verticales y las prácticas concertadas. Fue así como en un solo documento se unificaron todas las prácticas verticales restrictivas que de manera transversal afectan a cualquier tipo de contrato que pueda incurrir en ellas. Por ende, las franquicias se entienden incluidas y tendrán las prohibiciones respectivas.

¹³³ PERALES DOMINIQUE, Narciso y CUERVO GARCÍA, Álvaro. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. .Las cadenas de franquicias como una forma de organización plural: el caso Español. 2006

¹³⁴ Dirección general de la competencia. Comisión Europea. *Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria*.

¹³⁵ Casos tales como la cadena *Pronuptia*, Charles Jordan, Yves Rochet, entre otros.

¹³⁶ *Pronuptia* decision, OJEC 13, 15 January 1987 p. 39 para. 12(c).

Ahora bien, con la expedición de la normativa actualmente vigente cabe resaltar que aunque el Reglamento no se aplica cuando se supere el umbral de cuota de mercado del 30%, el hecho de que esto ocurra no implica presumir la ilegalidad del acuerdo sino que requiere ser examinado individualmente. Por lo tanto, las directrices se encargan de adoptar los acuerdos verticales que no fueron tratados en el Reglamento y a su vez orientar a las empresas para realizar el análisis respectivo de acuerdo al caso concreto.

Por lo anterior, las directrices establecen, además de unos parámetros de evaluación generales, criterios para la evaluación de los casos específicos¹³⁷ que ocurren con más frecuencia, dentro de los cuales se encuentra el contrato de franquicia que es el que nos interesa para efectos del presente trabajo.

Al respecto, se refirió a la posibilidad de la celebración de acuerdos verticales en tanto estos últimos estén relacionados con la protección a la propiedad intelectual y dispuso lo siguiente:

“Las cláusulas de DPI han de estar directamente relacionadas con la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por parte del comprador o sus clientes. En el caso de franquicia en la que el marketing es el objeto de la explotación de los DPI, los bienes o servicios son distribuidos por el franquiciado principal o los franquiciados.”¹³⁸.

Sin embargo, cabe resaltar que aunque las directrices establecen que hay ciertas restricciones verticales que pueden ser objeto de exención en el marco de un contrato de franquicia cuando se protegen los derechos de propiedad intelectual, estas no pueden estar incluidas en las restricciones especialmente graves, ni pueden superar la cuota de mercado del 30%. Lo anterior sin perjuicio de considerar las situaciones de hecho formuladas por las directrices que permiten la FPR en los tres supuestos de hecho esbozados anteriormente.¹³⁹

La legislación europea considera que los acuerdos verticales de FPR serán válidos únicamente cuando se trate de obligaciones de carácter promocional. De cualquier forma,

¹³⁷ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales. *ut supra* 4

¹³⁸ Comunicación de la Comisión. Diario Oficial No. C 291 del 13 de octubre del 2000. 2; iv, (30).

¹³⁹ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010. *ut supra* 4.

este precio máximo impuesto por el franquiciado únicamente podrá establecerse en tanto haga parte de campañas publicitarias, no obstante no genera obligación alguna para el franquiciado. Entonces, la fijación de precios que parecía permitirse es en realidad un permiso para la sugerencia de los mismos.

VIII. CONCLUSIONES DERECHO COMPARADO

De lo anterior se puede evidenciar que, en su regulación, la Unión Europea ha dado cabida a la posibilidad de que los acuerdos verticales puedan generar eficiencias que representen una justificación para la legalidad de ciertos acuerdos de fijación de precios, sin embargo es necesario indicar que esta flexibilización es limitada. Esta valoración nos permite señalar que en comparación a la flexibilidad de la perspectiva norteamericana, la europea continúa siendo más estricta. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, a través del estudio de caso *Leegin* adopta una neutralidad frente a los acuerdos de FPR, pues ante la presencia de aquellos no existe ninguna clase de presunción lo que hace necesario analizar su legalidad por medio de la regla de la razón.

Por el contrario, el Reglamento y las Directrices que lo desarrollan, no optan por un tratamiento neutro, presentando una presunción de ilegalidad con carácter estricto, pues la posibilidad de reconocer los efectos de eficiencia por la autoridad de competencia, es muy limitada. Es así, como ante un escenario en el cual un acuerdo de fijación de precios que cuente con una cuota de mercado por debajo del 30% y por tanto se esté en ausencia de cierto poder de mercado y aun así no encaje dentro de los supuestos que lo podrían tornar legal, se podría rechazar cualquier posibilidad que represente un acuerdo de fijación de precios que pueda ser eficiente por la ardua tarea de la carga probatoria que se le asignaría a los investigados y la falta de parámetros para llevarla a cabo.

A pesar del avance que esta legislación ha tenido frente a los acuerdos verticales de FPR, se puede evidenciar que la existencia de estos supuestos de hecho establecidos por las Directrices, limita a las empresas a celebrar acuerdos que tengan por objeto fijar los precios en razón a la eficiencia que se puede llegar a generar. Pues el avance

normativo hace que se prefiera sujetar a la norma, no solo por la inseguridad jurídica que genera el hecho de presumirse ilegal, sino en razón a que pasar a desvirtuar la presunción de ilegalidad implicaría una carga probatoria excesiva.

A manera de conclusión, la postura de la Unión Europea tiende a ser más estricta respecto de las restricciones verticales ya que se sujetan a las normas que los rigen, las consideran anticompetitivas, pero se abre la posibilidad de que existan acuerdos que rompan con la concepción de ilegalidad según ciertas características y efectos que puedan comportar para el mercado, es decir, los acuerdos verticales son ilegales pero pueden ser justificados por los efectos de eficiencia que se deriven para el mercado.

IX. ANÁLISIS SOBRE LAS RESTRICCIONES VERTICALES DE FPR EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Expuesto lo anterior, resulta importante realizar un análisis que permita estructurar un nuevo punto de vista frente a las restricciones verticales de FPR en las franquicias y el tratamiento que se considera debe adoptarse a la luz de la ley colombiana.

El contrato de franquicia opera como mecanismo utilizado por las empresas para expandir sus negocios. Dadas sus características especiales, ha adquirido una relevancia indiscutible puesto que constituyen un amplio canal de distribución de bienes y servicios que alcanza lo que otros mecanismos de la industria no logran alcanzar. Es así como los productos objeto del negocio pueden ofrecerse en un marco territorial más amplio que permite un aumento en el número de consumidores. Lo anterior dinamiza el juego de la oferta y la demanda ya que tanto los productores y los distribuidores como los consumidores se ven beneficiados. Los primeros por el aumento en el margen de utilidades recibidas y los segundos por la variedad de productos a los que pueden acceder.

En cuanto a los franquiciantes en particular, existe otra ventaja que recae sobre la posibilidad de financiar sus negocios con capital de terceros lo cual evita la creación de sucursales que implican un pasivo importante dentro de los rubros de la empresa. Adicionalmente, las franquicias incentivan el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas lo cual resulta favorable para el desarrollo económico de un país e intensifica los niveles de competencia del mismo. Por consiguiente, se ha incrementado el uso

generalizado de esta figura que aporta, dentro del ámbito comercial, prerrogativas únicas, innovadoras y preferentes frente a otras no tan eficientes. Todas estas observaciones se relacionan también con la pertinencia del estudio realizado en el presente trabajo, pues los vacíos legales han generado incertidumbre en la industria y en el marco de acción de los empresarios.

En primer lugar, la jurisprudencia y la doctrina, tanto nacionales como internacionales, han reconocido la existencia de restricciones verticales de FPR inherentes al contrato de franquicia. Es decir, la necesidad del franquiciante de proteger su negocio justifica la imposición de ciertos parámetros, entre estos la FPR, para la actuación del franquiciado pues un amplio marco de acción de este último puede ir en perjuicio de los intereses del primero en vista que este confía en manos del franquiciado su marca y la posición que su negocio ostenta en el mercado, de lo contrario no quedaría claro cuál sería el móvil que lleva al franquiciante a celebrar un contrato de esta índole. Las directrices del franquiciante para controlar ciertos aspectos de la gestión del negocio en relación con el franquiciado deben ser aceptadas por este último para que resulte posible la celebración del contrato ya que estas tienen la finalidad de conservar la esencia del negocio y que el consumidor final no logre diferenciar la división del mismo.

La FPR en el marco de un contrato de franquicia puede optimizar la eficiencia en los mercados. El franquiciante se puede ver beneficiado en la medida en que al controlar parámetros como los precios al que el franquiciado debe revender se logra mantener la posición que la marca ocupa en el mercado ya que el producto se mantendrá dentro un límite de precios el cual es uno de los factores determinantes para justificar ese posicionamiento. Por ejemplo, una empresa que maneje productos de lujo necesitara un precio mínimo que permita mantener la exclusividad de la marca, mientras que una empresa que maneje productos de consumo generalizado necesita precios máximos que permitan que este bien o servicio sea asequible a todo tipo de consumidor. De ahí que el franquiciado se beneficie del status de la empresa, razón que en un principio lo llevo a contratar. Por su parte, los consumidores, se verán beneficiados siempre que estarán adquiriendo el bien o servicio por lo que realmente vale, teniendo en cuenta todos los factores que justifican ese precio. Es decir, al momento de vender/comprar un producto se

tienen en cuenta diferentes elementos por la manera como se ofrece, dentro de los cuales se encuentran, el costo de producción, el estándar de lujo, la sustituibilidad del producto, la calidad, y en algunas situaciones valores agregados tales como la atención al cliente.

Al aumentar los niveles de eficiencia se producen dos consecuencias favorables para el derecho de la competencia a saber, se reducen los costos de transacción y se elimina la presencia de ciertas externalidades negativas. Los primeros, limitan la capacidad de acción de las partes, por lo cual se eliminan comportamientos considerados oportunistas. Los segundos están referidos a problemas como la doble marginalización, que se generan por una falta de regulación en relación con los proveedores y los distribuidores.

Uno de los comportamientos oportunistas que suceden con más frecuencia son los *free riders*, también conocidos como competencia parasitaria¹⁴⁰. Este problema se elimina a través de la fijación de precios dado que todos los distribuidores tendrán un margen de ganancias similar, lo cual evita que unos se aprovechen de las inversiones que otros realicen. A través de dicha fijación se incentiva la prestación del servicio de ventas por parte de los distribuidores. Los consumidores no podrán ser robados a través de la adopción de políticas de reducción de precios, protegiendo las rentas de comercialización del producto a través de atención especializada al público. Es por esto que la fijación de precios mínimos o fijos permite que el distribuidor determine el porcentaje de su utilidad que sacrificará con miras a promover el producto y a ofrecer un mejor servicio, sin que esto pueda ser aprovechado por los demás distribuidores quienes no tendrán la posibilidad de disminuir los precios de venta al público sirviéndose de la inversión realizada por otros.

Al fijar precios con el propósito de eliminar la competencia parasitaria, se genera una especialización de los canales de comercialización, dado el sometimiento del franquiciado ante los requerimientos especiales que envuelve un contrato de franquicia en razón a las particularidades del bien o servicio que se trate. Lo anterior implica que las inversiones que deban realizar los franquiciados sean iguales, o al menos que dada la imposición de un precio por parte del franquiciante se generen incentivos en estos sujetos para promover las ventas del producto o servicio.

¹⁴⁰ GUNDLACH. *ut supra* 63.p.386.

Adicionalmente, se elimina la competencia intramarca, es decir la competencia entre diferentes franquicias de una misma empresa. Esto está dado debido a que manejan un mismo catálogo de precios y por ello la competencia que se genera es intermarca, será una competencia entre franquicias de diferente marca que ofrezcan productos similares. El franquiciante y el franquiciado se verán beneficiados debido a que la franquicia en su totalidad será un bloque que se concentre en la verdadera competencia, posicionando la marca cada vez mejor dentro de un mercado específico.

En relación con las externalidades negativas, la más pronunciada es la doble marginalización¹⁴¹, que se presenta en los casos en donde tanto el productor como el distribuidor ostentan un poder de mercado, dando paso a la creación de monopolios sucesivos. En el caso de las franquicias esto genera que el franquiciante aumente su nivel de precios por encima de los costes de producción, lo cual deriva en la decisión del franquiciado de hacer lo mismo con miras a aumentar su margen de utilidad. Esto desemboca en precios demasiados altos que perjudican el bienestar general y la franquicia no podrá sostener este esquema de precios, pues disminuye el nivel de ventas. A través de una FPR el franquiciado no podría aumentar los precios a su discreción debido a que los precios de venta al público estarán previamente determinados. Razón por la cual, si el franquiciante aumenta sus precios, lo hará de tal manera que el franquiciado no se vea perjudicado, pues no le convendrá que este pierda el interés en el negocio. Al evitar la doble marginalización hay una disminución en los precios que genera un aumento en la demanda del producto.

Sin perjuicio de los beneficios por razones de eficiencia, existen otros efectos favorables de la FPR tales como el sentido de fidelidad a la marca que desarrolla el consumidor el cual está dado por lo que el producto le ofrece. Es entonces como la fijación de un precio busca guardar el estándar de la marca y la calidad del producto, lo cual no genera un perjuicio al consumidor en tanto las características propias del bien o servicio y los valores agregados que los mismos tengan, compensan el valor que se le imponga al mismo en el mercado. De esta fidelidad se benefician tanto el franquiciante como el franquiciado puesto que siempre tendrán al público dispuesto a adquirir lo que ofrezcan en el mercado. Un ejemplo de esta

¹⁴¹ CETINKAYA. *ut supra* 62.

fidelidad se vería reflejado en que una franquicia cuente con un sistema de atención al cliente donde se den capacitaciones en relación con el uso del producto, la garantía que este tenga, etc. Es entonces cuando la imposición de un precio no afectará al franquiciante o al franquiciado puesto que no disminuirá el número de ventas porque el consumidor está dispuesto a pagar más por un producto que tiene un valor agregado¹⁴².

Cabe aclarar que lo anterior puede adecuarse al marco normativo de la libre competencia siempre y cuando no estén presentes ninguno de los siguientes supuestos de hecho:

- a) Cuando el franquiciante gestione puntos de venta de manera simultánea con el franquiciado. En este escenario el franquiciante por sí mismo estaría controlando puntos de venta lo cual lo posiciona como competidor del franquiciado. Por ende el acuerdo ya no será vertical sino horizontal.
- b) Cuando se logre demostrar que la restricción ha sido utilizada en aras de perjudicar la libre competencia. Por ejemplo, cuando se da una disminución en los precios con el fin de crear barreras de entrada para nuevos competidores en el mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta oportuno hacer una crítica frente al sistema de control de precios impuesto por la ley colombiana. No tiene fundamento económico alguno el hecho de prohibir a los empresarios una fijación de los precios de reventa del producto objeto de su negocio. Es cierto que este tipo de actividades pueden comportar efectos anticompetitivos y por ende perjudicar al consumidor, sujeto especial de protección de la ley de competencia. No obstante, teniendo en cuenta que ha quedado clara la potencialidad de este tipo de restricciones para lograr la eficiencia del mercado sin dañar a la competencia, a nuestro juicio la conducta deberá considerarse como restricción una vez se demuestre la anticompetitividad de la misma. Por lo tanto no debería limitarse la libertad sobre la voluntad de las partes al momento de celebrar un contrato, la norma debería cumplir funciones sancionatorias y no preventivas, pues la autonomía de la voluntad

¹⁴² En Estados Unidos, algunos doctrinantes hablan sobre “la paradoja del mantenimiento de precio de reventa” fundamentada en que todas las justificaciones sobre la eficiencia generada por la FPR conducen a precios más altos. Por lo tanto, la finalidad es que los precios se justifiquen a partir de factores procompetitivos que al final signifiquen para el consumidor un mayor valor. GAVIL, Andrew I.; KOVACIC, William E. y BAKER Jonathan B. Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy. Segunda edición. Thomson West. Estados Unidos: 2008. Págs. 400 y 401.

privada es principio rector de cualquier actividad donde se pretenda la transacción de bienes o derechos, mientras no se afecte el interés público, las estipulaciones serán perfectamente válidas.

De la fijación de precios de reventa se pueden derivar tanto efectos anticompetitivos, procompetitivos como neutrales que no afecten la libre competencia de forma significativa. Sin embargo es el investigado quien debe demostrar la eficiencia que de este tipo de acuerdos se derive. Por lo tanto, el hecho de presumir como anticompetitiva la FPR implica que se puede sancionar a un sujeto aún sin probar debidamente el daño causado para la competencia y que no sería objeto de sanción en la medida que el investigado logre probar por sí solo la eficiencia que produjo su conducta.

Las SIC como autoridad encargada de dirimir los conflictos entre empresarios que tengan como efecto la restricción de la competencia, bien cumple con la realización de un análisis detallado del mercado de acuerdo al caso en concreto para así determinar si la conducta denunciada debe ser sancionada. Sin embargo, y sin perjuicio de los grandes avances que ha tenido al momento de realizar las investigaciones respectivas, debe tener en cuenta que la carga probatoria del investigado resulta muy compleja al momento de desvirtuar una presunción de ilegalidad, contrario a lo que sucedería si el punto de partida fuera la legalidad.

X. CONCLUSIONES

- ❖ Los avances de la SIC han llevado a concluir que las restricciones verticales de FPR comportan efectos tanto procompetitivos, como anticompetitivos, motivo por el cual se deben analizar bajo la óptica de la regla de la razón, es decir hacer un análisis de cada caso particular.
- ❖ Respecto de la existencia de una restricción vertical en un contrato de franquicia, en su más reciente pronunciamiento la SIC estableció que estos casos deben analizarse elementos tales como la posición dominante, la naturaleza y cantidad de los bienes o servicios, la independencia de los agentes, la existencia de bienes o servicios sustitutos y la existencia y características propias de la franquicia. De esta manera se podrá determinar el impacto de una fijación de precios en relación con los movimientos de la oferta y la demanda en el mercado.

- ❖ La fijación de precios máximos se considera legal, no obstante la SIC ha establecido que en lo relativo a la fijación de precios mínimos y fijos, los casos deben analizarse caso por caso, teniendo en cuenta que bajo la normativa sobre la libre competencia siguen actualmente restringidos.
- ❖ La legislación norteamericana la FPR se considera legal salvo que se demuestre lo contrario. Sin embargo, la delimitación del tema es muy escasa lo que genera que los franquiciantes prefieran no hacer uso de estas restricciones, ya que la inseguridad jurídica no se los permite. Es así como se estaría privando de potenciales beneficios para la libre competencia y por ende el desarrollo económico del país.
- ❖ Los contratos de franquicia en los Estados Unidos son considerados especiales, en razón a que la FPR en el marco de los mismos resulta aún menos restrictiva que en otros modelos de negocio.
- ❖ Para la Unión Europea cualquier tipo de fijación de precios se considera ilegal, con excepción a unas situaciones muy específicas, expuestas anteriormente, como lo es el periodo de una campaña a corto plazo (entre 2 a 6 semanas) cuando se trate de contratos de franquicia o de distribución similares.
- ❖ La Unión Europea no ha tenido muchos pronunciamientos frente a la FPR en los contratos de franquicia, sin embargo, ha dejado en claro que únicamente se aceptan los precios sugeridos por no limitar la libertad del franquiciado.
- ❖ Bajo nuestro concepto la FPR en franquicias debe ser permitido siempre que este tipo de contratos envuelve características especiales que permiten que la fijación no sea una restricción propiamente dicha dentro del derecho de competencia, razón por la cual es necesario considerarlos desde la legalidad y no al contrario.

X. BIBLIOGRAFÍA

SIC

1. Superintendencia de Industria y Comercio. *¿Cuáles son las conductas prohibidas por el Régimen de Competencia*. 2016. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/drupal/practicas-restrictivas-de-la-competencia>
2. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 01082559 del 23 de octubre de 2001.
3. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 99050593 del 27 de septiembre de 1999.
4. Superintendencia de Industria y Comercio. Comunicación con número de radicado 08024220 de 2010.
5. Superintendencia de Industria y Comercio. Consulta ciudadana. No. 13-095570-0001-0000 de 2013.
6. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No.8310 del 28 de marzo de 2003.
7. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 48092 de 2012
8. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40598 de 2014.
9. Superintendencia de Industria y Comercio. Oficio con número de radicado 98073466.
10. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 34440 de 2003.
11. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40598 de 2014.
12. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16562 de 2015.

REVISTAS DE DERECHO

1. RUIZ, Laura Marcela. Universidad de los Andes, facultad de derecho. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. *Las restricciones verticales en la política de competencia colombiana – Parámetros de análisis de casos*. 2014. Pág.XX. Disponible en la WEB desde: <file:///C:/Users/Varaja/Downloads/restricciones%20verticales%20andes.pdf>

2. PLAZAS ESTEPA, Rodrigo Alberto. *El know-how dentro de los contratos de franquicia en Colombia*. Revista Republicana. Corporación Universitaria Republicana, No.10, p 67 – 79. 2011. Disponible en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-know%E2%80%93howdentro-de-los-contratos-de-franquicia-en-Colombia.pdf>
3. CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. *Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. Revista Mercatoria. Universidad del Externado, Volumen 4, No.1. 2005. Disponible en: <file:///C:/Users/Varaja/Downloads/Dialnet-RegimenJuridicoAplicableALosContratosAtipicosEnLaJ-3625884.pdf>

LEY

1. Constitución Política de Colombia (1991).
2. Código de Comercio (1971).
3. Código Civil de (1873).
4. Congreso de la República. Ley 256 de 1996. *Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*.
5. Gobierno Nacional, Ministerio del Desarrollo Económico. (30 de diciembre). Decreto 2153 de 1992. *Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*.
6. Congreso de la República. Ley 155 de Diciembre 24 de 1959. *Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*.
7. Gobierno Nacional, (2 de diciembre). Decreto 3466 de 1982. *Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores y se dictan otras disposiciones*.
8. Comisión de la Comunidad Andina. Decisión No. 486. *Régimen común de Propiedad Industrial*.

DOCTRINA

1. IBARRA PARDO, Gabriel y MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *La práctica de fijación unilateral de precios (SISFUP) y su aplicación en Colombia*. Conferencia presentada por los autores en el marco del CEDEC. Pag. 6 – 9. Santa fe de Bogotá. Agosto de 1999. Disponible en la WEB desde: <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/am-fup.pdf>
2. ZULETA, LONDOÑO, Alberto. *La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia*.
3. MOYA, Jaime. *Las franquicias y la libre competencia en Colombia*. Diciembre de 2015. <http://www.godoyhoyos.com/index.php/2015/diciembre-2015/las-franquicias-y-la-libre-competencia-en-colombia->
4. FARINA, Juan M. Editorial Astrea. *Contratos Comerciales Modernos, Modalidades De Contratación Empresarial*. 1992.
5. ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos mercantiles (Tomo II)*. Bogotá 1992.

6. ANZOLA GIL, Marcela. *Los Contratos en el Derecho Privado*. LEGIS. Colombia. (2007)
7. ITALIANER, Alexander. *Competitor agreements under EU competition law*. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. Comisión Europea, Nueva York, 26 de septiembre de 2013
8. ZURIMENDI ISLA, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Colección Estudios de Derecho Mercantil. Editorial Arizandi S.A. España: 2006
9. SANTOS LORENZO, Salomé. *Cambios en las reglas aplicables a los acuerdos verticales: el nuevo reglamento y las nuevas directrices aplicables a las restricciones verticales*. Disponible en: <http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/10/AEDC-Acuerdos-Verticales.doc>

DERECHO COMPARADO

- **ESTADOS UNIDOS**

- **LEY**

- Ley Sherman 1890

- **JURISPRUDENCIA**

- Supreme Court of the United States. *Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons Co.* 220 U.S. 373 (1911).
- Supreme Court of the United States. *Northern Pacific Railway Co v United States* 356 U.S. 1, 5. 1957
- Supreme Court of the United States. *Monsanto Co. V. Spray-Rite Co.*, 465 U.S. 752 (1984)
- Supreme Court of the United States. *State Oil Co. vs Khan et al* (1997)
- Supreme Court of the United States. *Albrecht vs The Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968)
- Supreme Court of the United States. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36 (1977)
- Supreme Court of the United States. *United States v. Colgate Co* 250 U.S. 300 (1919)

- **DOCTRINA**

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. *Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements*. 1994. Disponible en: www.oecd.org/dataoecd/34/53/1920326.pdf (Pág. 11 y 12)
- OECD, *Competition and Trade Effects of Vertical Restraints*. (2000)
- Federal Trade Commission. (FTC) *FTC Modifies Order in Nine West Resale Price Maintenance Case*. 2008. Disponible en:

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/05/ftc-modifies-order-nine-west-resale-price-maintenance-case>

- Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc, DBA KAY'S Kloset...KAY'S SHOES (2007)
- GUNDLACH, Gregory, "Free Riding and Resale Price Maintenance: Insights from marketing Research and Practice", The Antitrust Bulletin, Vol. 55, No. 2, 2010, p.386.
- JOSEPH, Robert T. *Antitrust Law, Franchising, and Vertical Restraints*. Franchise Law Journal.2011. Disponible en la Web desde: [https://bases.javeriana.edu.co/f5-w-687474703a2f2f7365617263682e70726f71756573742e636f6d\\$/pqr/docview/894193927/878B452CCF144A4DPQ/2?accountid=13250#center](https://bases.javeriana.edu.co/f5-w-687474703a2f2f7365617263682e70726f71756573742e636f6d$/pqr/docview/894193927/878B452CCF144A4DPQ/2?accountid=13250#center)
- WITTRICK, Quentin R and L.JOHNSON, Jeremy L. *Can Franchisors Control Franchisee Prices?*. Franchise Law Journal.2009 p.2. Disponible en la WEB desde: <http://www.gpmlaw.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-4-5982/media.name=/FLJ-vol28-no4-wittrock-johnson.pdf>
- GANDHI, Honey V. *Franchising in the United States*. Law and Business Review of the Americas. 2014.
- CETINKAYA, Volkan. "Essays on Vertical Restraints and Vertical Integration", The State University of New Jersey, Octubre de 2009.
- JARVIS Darrell. *Enforcing Consistent Pricing Within Franchise Systems*. The Franchise Voice. Canadian Franchise Association. p.3. 2012. Disponible en: <http://www.fasken.com/files/Publication/e08763bf-573c-4c69-84e0-5226d3af4f20/Presentation/PublicationAttachment/16f493c8-6acc-4a3c-a56b-b439b2f6e170/Enforcing Consistent Pricing within Franchise Systems Franchise Voice Feb 2012.pdf>
- STEVEN B. Feirman; ROBERT T. Joseph; COURTNEY L. Seely. International Franchise Association. *Antitrust Law Developments in Franchise Sistem Pricing – Legal Principles and Best Practices*. 47th Annual Legal Symposium. Chicago. Pg.2. Mayo 4-6 de 2014. Disponible en: <http://emarket.franchise.org/d/2014-legal-attendees/Antitrust%20Pricing%20Paper.pdf>
- DAVID L. Chan and JEFFREY S. Fabian. *U.S. Supreme Court changes course on Minimum Resale Price Maintenance*. IFA (International Franchise Association). 2007. Disponible en: <http://www.franchise.org/us-supreme-court-changes-course-on-minimum-resale-price-maintenance>
- GAVIL, Andrew I.; KOVACIC, William E. y BAKER Jonathan B. *Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. Segunda edición. Thomson West. Estados Unidos: 2008

- **UNIÓN EUROPEA**

- **COMSIÓN DE LA UNIÓN**

- Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

- Reglamento (CE) No 2790/1999 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

- Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

- Reglamento Europeo sobre franquicias No. 4087 de 1988.

- Directrices relativas a las restricciones verticales. (2009) Proyecto de comunicación de la Comisión.

- Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(07\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(07)&from=ES)

- Comunicación de la Comisión. Diario Oficial No. C 291 del 13 de octubre del 2000

- Comunicación de la Comisión. Diario Oficial No. C 291 del 13 de octubre del 2000. 2; iv, (30).

- Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia (Diario Oficial de la Unión Europea C 368 de 22.12.2001, p. 13).

- <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/deminimis.html>

- Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia (Diario Oficial de la Unión Europea C 372 de 9.12.1997). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26073&from=ES>

- Comunicación de la Comisión – Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (Diario Oficial de la Unión Europea C 101 de 27.4.2004, p. 81). <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/trade.html> (sitio web de la Comisión Europea)

- Reglamento de exención por categorías para acuerdos verticales, artículo 4. EUR-LEX. Obtenido de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv:l26060>

- Comisión Europea. Reglamento 1 de 2003.

- Comisión Europea. Las normas de la competencia en los acuerdos de suministro y distribución. Política europea de

competencia. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012.

- Comisión Europea. Las normas de la competencia en los acuerdos de suministro y distribución. Política europea de competencia. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012.

- Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda Ampliada) de 12 de diciembre 1996. Asunto T-19/92

-

○ **JURISPRUDENCIA**

- Deutsche-Phillips, 5 de octubre de 1973, OJL 298/40. Véase también: AGFA-GEVAERT, EC Vuletin no. 2/1970, parte 2, capítulo 1, Sec.5.

- Pronuptia decision, OJEC 13, 15 January 1987 p. 39 para. 12(c).

- Decisión de la Comisión, 11 de marzo de 1998, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículo 85 y 86 del Tratado CE (casos IV/34.073, IV/34.395 y iv/35.436 – Van den Bergh Foods Limited).

○ **DOCTRINA**

- Dirección general de la competencia. Comisión Europea. *Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria.*

- PERALES DOMINIQUE, Narciso y CUERVO GARCÍA, Álvaro. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid. .Las cadenas de franquicias como una forma de organización plural: el caso Español. 2006.