

MARCO LEGAL INTERNO E INTERNACIONAL DE LA FIJACIÓN DE PRECIOS EN COLOMBIA *

María Elena Grueso Rodríguez**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

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

Palabras clave: Derecho mercantil, regulación del mercado, precios, marco legal.

ABSTRACT

The pricing in Colombia is a land unknown to many, in fact, despite its importance, to

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

Key words: Commercial law, market regulation, prices, legal framework.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es resultado de la investigación adelantada respecto de la fijación de precios como práctica de competencia desleal en Colombia.

La fijación de precios en Colombia es un terreno para muchos desconocido; en realidad, a pesar de su importancia, a la fecha ha sido objeto de poca investigación, posiblemente

Recepción del artículo: 27 de abril de 2009. Aprobación del artículo: 27 de mayo de 2009.

* Este artículo sintetiza hallazgos encontrados en el marco del proyecto de investigación terminado "Regulación Económica y Defensa de la Competencia" que se desarrolló dentro de la línea Derecho Comercial y Financiero del Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana.

** Docente Investigadora, Corporación Universitaria Republicana. Línea derecho comercial del Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Derecho Comercial y Derecho Financiero de la Universidad el Rosario y Candidata a Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico megrueso@hotmail.com.co

debido a que este tema abarca varias disciplinas que hacen de su estudio un ancho pero a la vez transitado sendero. Para sumergirse en esta investigación, es necesario nutrirse de una variedad de teorías relacionadas con diferentes áreas, tales como la economía, las finanzas, el mercadeo y por supuesto el derecho.

Inicialmente este estudio desarrolla algunos temas básicos y definiciones que vienen a ser de obligatorio conocimiento para poder avanzar en el tema de la Fijación de Precios como práctica competitiva sancionable, destacando la importancia e impacto del tema, así como su relación directa y puntual con la denominada libre competencia de los mercados.

El presente texto no solo pretende ahondar en los conceptos, importancia y correlación de la fijación de precios, sino que pretende hacer una concreta explicación del marco legal, no solo en Colombia, sino también en el derecho comparado, específicamente, indagando los modelos utilizados por los Estados Unidos de Norteamérica y la Comunidad Europea.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿La fijación de precios por parte de los estados va en contra de la libre competencia y cómo repercute en el consumidor final?

METODOLOGÍA

Se utilizarán los métodos bibliográfico, descriptivo y explicativo por cuanto la investigación está orientada a estudiar la normatividad que regula la fijación de precios y a nivel internacional, hasta llegar a determinar si la fijación de precio tiene incidencia en el desarrollo de la libre competencia y respecto a los consumidores. El estudio se llevará a cabo a través de la consulta directa de la doctrina existente, nacional e interna-

cional, como de la jurisprudencia. Así mismo, se realizarán las consultas de otras fuentes, como revistas especializadas, circulares, videos, consulta de páginas web nacionales y extranjeras, en las cuales se aborde el tema propuesto.

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

RESULTADOS

A. Marco internacional

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

Actualmente la política de Competencia en la Organización Mundial del Comercio (OMC), único organismo internacional (integrado por más de 130 miembros, que representan más del 90 por ciento del comercio mundial) que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países, teniendo como principal propósito asegurar que las corrientes comerciales circulen con la máxi-

ma facilidad, previsibilidad y libertad posible, dispone de algunos acuerdos específicos tales como el acuerdo de servicios denominado GATS, el cual se refiere al tema de monopolios y proveedores exclusivos de servicios, desarrollando un anexo especial para el tema de telecomunicaciones, diseñado para eliminar o menguar una barrera de entrada al mercado de las telecomunicaciones. También existe el llamado acuerdo sobre aspectos de propiedad industrial relacionados con el comercio (TRIPS) el cual contiene una norma sobre control de prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales de derechos de propiedad intelectual. Por último, existe el acuerdo sobre comercio y aranceles (GATT).

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

Por otro lado, la Política de Competencia en Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha emitido recomendaciones en materia de políticas de competencia, las cuales tienen como destinatarios a sus países miembros. En términos generales, las recomendaciones consisten en impulsar acciones contra las prácticas restrictivas de la competencia que afecten el comercio internacional, estableciendo mecanismos de cooperación entre los diferentes países. La única conducta puntual sobre la que se recomienda una prohibición al interior de

cada país, son los carteles intrínsecamente nocivos, es decir, los acuerdos horizontales de fijación de precios o repartición geográfica de mercados.

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

Política de Competencia en los principales acuerdos regionales

Existen diferentes directrices o lineamientos generales para la variedad de acuerdos internacionales suscritos; los más relevantes son los siguientes:

- *Acuerdos con alcance limitado*

Dentro de los acuerdos regionales cuyas disposiciones sobre políticas de competencia tienen un alcance limitado, se encuentran el tratado de libre comercio de América del Norte (NAFTA), el tratado de comercio "Oliver" celebrado entre Canadá y Chile, y el G-e, del que son miembros Colombia, Venezuela y México.

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

- *Acuerdos Intermedios*

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

su normatividad en materia de competencia; a esta categoría pertenecen tratados como el celebrado entre Canadá y Costa Rica.

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

- *Acuerdos con alcance supranacional*

Tratados como MERCOSUR, CARICOM y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) cuentan con disposiciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia, que tienen alcance supranacional; es decir, las normas sustantivas se aplican en toda la región, y existe una autoridad supranacional encargada de hacerlas cumplir; estos sistemas, análogos al de la Unión Europea (aunque menos elaborados), representan un nivel de integración en aplicación de las políticas de competencia¹.

- *Acuerdos de Cooperación en Materia de Política de Competencia*

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

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

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

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

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

Nivel 1. NAFTA y G3: Monopolios y empresas del Estado

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

Nivel 3. MERCOSUR, CARICOM, CAN, UE: Norma sustantiva aplicada a la subregión por una autoridad supranacional.

B. Colombia

Régimen general de libertad de precios

De acuerdo con lo establecido en el artículo 88 de la Constitución Política Nacional co-

1 CIJUS (2003) *Proyecto de investigación y apoyo del equipo negociador de Colombia en el ALCA y la OMC*. Bogotá D.C. Universidad de los Andes.

lombiana, la libre competencia es un derecho colectivo; así mismo, el artículo 333 de C.P. establece que en Colombia hay libertad de precios, pues tal norma expresa que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para ello el Estado por mandato legal impedirá que se obstruyan o restrinjan y evitará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado. En consecuencia, en Colombia por regla general los distribuidores o expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda².

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

accedan a una variedad de productos, con diferentes precios y calidades”³.

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

- “a) El Ministerio de Agricultura para los productos del sector agropecuario,
- “b) Al Ministerio de Minas y Energía, para el petróleo y sus derivados, carbón, gas a distribuidores y demás productos mineros;
- “c) Al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, las tarifas del transporte terrestre, urbano y suburbano, de pasajeros y mixto, cuando sea subsidiado por el Estado, las de transporte terrestre intermunicipal e interdepartamental y las del fluvial;
- “d) Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las tarifas del transporte aéreo nacional;
- “e) A la Corporación Nacional de Turismo, para los servicios hoteleros, restaurantes, bares y negocios similares;
- “f) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, gas a usuarios finales, alcantarillado, aseo, servicio telefónico local y larga distancia tanto nacional como internacional, telégrafos, télex fax, transmisión de datos y correo urbano, interurbano, nacional e internacional y electrónico;
- “g) Al Ministerio de Desarrollo Económico, para los espectáculos públicos, los pro-

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

3 Rubio, Jairo, Ed. (2007), *Derecho de los mercados: propiedad industrial, competencia, protección al consumidor*. Bogotá D.C.: Legis.

ductos de la industria manufacturera y los servicios de carácter comercial que no estén expresamente señalados en los literales precedentes”⁴.

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

Régimen de competencia

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

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

“los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de

materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”⁵.

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

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

“en los términos de la ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados”⁶.

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

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

“... influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios”⁷

Es necesario tener en cuenta que el artículo 235 del Decreto 1122 de 1999 derogó el in-

4 Ley 81 de 1988, artículo 61

5 Ley 155 de 1959, artículo 1.

6 Decreto 2153 de 1992, artículo 46.

7 Decreto 2153 de 1992, artículo 48

ciso segundo del artículo 18 del Decreto 3466 de 1982 que permitía a los productores fijar voluntariamente los precios máximos al público.

Todo sistema de libre comercio debe caracterizarse por la libre competencia, buscando siempre que los precios sean fijados de conformidad con la oferta y la demanda; así lo explica la doctrina al señalar que “cuando la propiedad privada y la libertad de intercambio están presentes, los precios del mercado registran las elecciones literalmente de millones de consumidores, productores y proveedores de recursos, y las ponen en armonía. Los precios reflejan información acerca del consumidor, costos y asuntos relacionados con oportunidad del momento, localización y circunstancias, que está mucho más allá de la comprensión de cualquier individuo o autoridad de planeación central. Este único dato sumario –el precio del mercado– proporciona a los productores todo lo que ellos necesitan saber para poner en armonía sus acciones con las acciones y preferencias de los demás. El precio del mercado dirige y motiva a productores y proveedores de recursos, para que ofrezcan esas cosas que los demás valoran altamente en relación con los costos de las mismas”⁸.

Fijación pública de precios máximos

La libertad de precios debe desarrollarse dentro de algunos parámetros y límites, pues la defensa de la libre competencia no implica que el Estado haya dejado de lado su obligación de procurar el bien común y evitar cualquier abuso que personas o empresas puedan hacer de su posición dominante en el mercado; es por eso que por medio del llamado “Estatuto del Consumidor”, Decreto 3466 de 1982, el legislador colombiano dictó 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 en el artículo 18 de la norma citada señala que:

“todo proveedor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca, para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de ésta, según sus posibilidades o conveniencia el sistema de fijación en listas o el de fijación en los bienes mismos⁹.

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

8 Gwartney, J & Stroup, R (1994). *Introduction to economics: The wealth and poverty of nations*. Philadelphia: The Driden Press.

9 Decreto 3466 de 1982, artículo 18.

adopte como precio máximo el precio sugerido. Así, el precio sugerido no exonera al proveedor o expendedor de fijar un precio máximo pero puede ser acogido por éste como tal¹⁰.

Adicionalmente, los artículos 19 y 20 del Decreto 3466 de 1982 definieron los sistemas de fijación de precios en los bienes mismos y en listas, exigiendo en el artículo 14 del mismo Decreto, que: “toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente”¹¹.

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

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

Como desarrollo legislativo el decreto 1485 de 1996 reglamentó lo relacionado con la fijación pública de precios, pues aún cuando de manera general existe libertad de precios, todo proveedor o expendedor “está obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes y servicios, según la reglamentación de la autoridad competente o a falta de

está, según sus posibilidades o conveniencias, en los bienes mismos, o en góndolas, anaqueles o estantes, estando obligados los consumidores a pagar el precio indicado bajo alguno de estos sistemas”¹² y a renglón seguido, el numeral 2.3.1 aclara lo siguiente:

“En cualquier sistema de información sobre precios dirigida a los consumidores, se deberá indicar el precio total del producto, el cual incluirá cualquier cargo adicional o impuesto a que hubiere lugar, sin perjuicio de su discriminación en las facturas conforme a las disposiciones tributarias”.

En concordancia con lo anterior, “cualquiera que sea el sistema de fijación de precios que el proveedor o expendedor adopte, ya sea por determinación de la autoridad competente o de acuerdo con sus posibilidades o conveniencia, el precio indicado debe siempre corresponder al precio total del producto, el cual constituye el precio máximo que se puede cobrar al público en cualquier circunstancia y, por lo tanto, debe tener incluidos todos los cargos adicionales que se causen, como sería por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito. En tal virtud, una vez divulgado el precio máximo, el empresario no puede establecer recargos sobre ese precio máximo indicado al público”¹³.

De tal manera que cualquiera que sea el sistema de fijación de precios que el proveedor o expendedor adopte, ya sea por determinación de la autoridad competente o de acuerdo con sus posibilidades o conveniencia, el precio indicado debe siempre corresponder al precio total del producto, el cual

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

11 Decreto 3466 de 1982, artículo 14.

12 Circular Única 10 de 2001, Título II, Capítulo II, numeral 2.3.1 Superintendencia de Industria y Comercio.

13 Concepto 060102308 del 05 de diciembre de 2006, pág. 1, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

constituye el precio máximo que se puede cobrar al público en cualquier circunstancia y, por lo tanto, debe tener incluidos todos los cargos adicionales que se causen, como sería por ejemplo, aquel ocasionado por la utilización de tarjetas de crédito. En tal virtud, una vez divulgado el precio máximo, el empresario no puede establecer recargos sobre ese precio máximo.

Adicionalmente, en caso de que se señalen dos o más precios, el consumidor sólo está obligado a pagar el más bajo, de acuerdo con el artículo 21 del Decreto 3466 de 1982; en este orden de ideas, “bajo cualquiera de los sistemas legalmente contemplados para la fijación del precio máximo al público, el precio que se anuncie al público deberá incluir cualquier cargo adicional o impuesto al que hubiere lugar, de tal manera que, si un cargo adicional no ha sido incluido en el precio que se ha informado al consumidor, éste no puede ser cobrado y el consumidor no estará en obligación de pagarlo”¹⁴.

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

Es oportuno señalar que en la actualidad el Representante a la Cámara por Bogotá Simón Gaviria es el autor de un proyecto de ley en virtud de la cual se actualiza el Decreto 3466 de 1982 (Estatuto de Protección al Consumidor); el proyecto de ley N° 082 de 2008 Senado “por medio de la cual se actualiza el Estatuto 3466 de 1982, y se dictan otras disposiciones” busca adecuar el Estatuto a la nueva organización económica, pues dentro de sus motivaciones asegura que luego de

transcurridos 25 años desde la expedición del decreto 3466 de 1982 y una vez puestas en práctica sus disposiciones, se torna evidente la necesidad de adecuar su contenido a las nuevas realidades a las que se enfrenta el consumidor, más aún teniendo en cuenta que el decreto 3466 de 1982 fue expedido por el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias establecidas en la ley 73 de 1981 en respuesta a las necesidades de los consumidores de ese momento y que éste fue concebido para una economía cerrada y bajo una concepción del Estado eminentemente proteccionista.

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

Supervisión, procedimiento y sanciones

Tratándose de bienes sometidos al régimen de control, conforme al decreto 2876 de 1984¹⁵, los alcaldes e inspectores de policía son competentes para adelantar las investi-

14 Concepto 060102308 del 05 de diciembre de 2006, pág. 2, Superintendencia de Industria y Comercio, Colombia.

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

gaciones por las contravenciones a las normas sobre control y vigilancia de precios. Es decir, que tienen la facultad de controlar y vigilar los precios de aquellos bienes o servicios sometidos al régimen de control cuyos máximos han sido determinados por las autoridades competentes del orden nacional, las cuales, se reitera, están señaladas en el artículo 61 de la ley 81 de 1988.

El decreto 2876 de 1984, artículo 18, determina que las infracciones contravencionales en materia de precios controlados como la especulación indebida, entre otras, de acuerdo con el artículo 19 del mismo decreto, corresponde a los alcaldes y los inspectores de policía la facultad de imponer las sanciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 del decreto 863 de 1988, las cuales corresponden a multas, previo cumplimiento del procedimiento descrito en los artículos 20 a 33 del decreto 2876 de 1984, existiendo la obligación de adelantar por escrito las investigaciones correspondientes.

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

“Imponer las sanciones administrativas previstas en el presente decreto (...) por falta de correspondencia con la realidad o inducción a error de las marcas, las leyendas y la propaganda comercial, o por incumplimiento de las normas sobre fijación pública de precios, de conformidad con el procedimiento igualmente contemplado en este decreto”.

Los alcaldes municipales tienen competencia para imponer sanciones administrativas por incumplimiento de las normas sobre fijación o indicación pública de precios. Dichas sanciones se encuentran previstas en el artículo 33 de la citada norma y pueden consis-

tir según se trate, en el cierre del establecimiento o en la imposición de multas. En caso de indicación de dos o más precios, o de tachaduras o enmendaduras respecto del precio indicado en el empaque, es procedente la imposición de multa; en caso de falta de fijación o indicación de precios, es procedente el cierre del establecimiento.

Me permito precisar que la obligación que establecen las normas descritas respecto a la fijación de precios se refiere a la indicación de precios máximos de los bienes o servicios, ya sea por medio de listas, en los bienes mismos o en góndolas, anaqueles o estantes. “En tal sentido, las facultades de control y vigilancia que tienen los alcaldes o los inspectores de policía en relación con la fijación o indicación de precios se restringe a la verificación de que efectivamente se cumpla con la obligación de indicar de manera pública los precios y en caso que no se verifique el cumplimiento de la misma, imponer las sanciones antes descritas previo el trámite correspondiente”¹⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

Adicionalmente, el artículo 16 del Estatuto del consumidor, refiriéndose a la propaganda comercial que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, señala que los productores serán responsables frente a los consumidores en los términos de los artículos 31 y 32 del mismo decreto, cuando con la propaganda de que trata dicho artículo:

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

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

1. Acción declarativa y de condena, para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante.
2. Acción preventiva o de prohibición, para solicitarle al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

Las anteriores acciones procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal. Si el acto de competencia desleal es realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, dichas acciones deben dirigirse contra el patrono.

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

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

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

Con relación al procedimiento, el artículo 54 del decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación, teniendo en cuenta principios procesales básicos, como ordenar abrir una investigación, notificará personalmente al investigado para que soli-

cite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, practicar las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

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

C. Estados Unidos de Norteamérica

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

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

La Ley Sherman contempla lo siguiente:

“Todo contrato (...) o pacto colusorio para restringir el libre comercio es ilegal”.

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

Su objetivo principal fue preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio, la ley se fundamenta en la premisa de que “la libre interacción de las fuerzas competitivas generará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo tiempo que produce un entorno que nos permita preservar nuestras instituciones políticas y sociales democráticas”¹⁷. En la actualidad existe un sólido consenso en torno a que el fomento de la eficiencia económica y la maximización del bienestar del consumidor son los objetivos apropiados de la política antimonopolio de Estados Unidos.

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

Las leyes antimonopólicas de Estados Unidos se aplican sobre cualquier conducta comercial anticompetitiva que afecte tanto el comercio interno como el comercio internacional de Estados Unidos. Bajo la doctrina de los efectos, existe jurisdicción sobre el comercio de importación cuando existen efectos reales o intencionales sobre el mercado estadounidense; para el comercio de no importación, cuando existe un “efecto directo, significativo y razonablemente previsible” sobre el comercio e intercambio estadounidenses o sobre el comercio e intercambio de exportación estadounidenses.

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

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

Prácticas prohibidas y restringidas

En Estados Unidos todo contrato, combinación bajo la forma de monopolio o de otra índole, o confabulación que restrinja el comercio o el intercambio entre los diversos estados o con otros países es considerado ilegal¹⁸; igualmente, es contra la ley el monopolizar o intentar monopolizar, o combinarse o confabular con otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o intercambio entre los diversos estados o con otras naciones¹⁹; adicionalmente, se prohíbe utilizar métodos desleales de competencia en el comercio o que afecten el mismo²⁰.

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

18 Ley Sherman, Sección 1.

19 Ley Sherman, Sección 2.

20 Ley de la Comisión Federal de Comercio, Sección 5.

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

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

El delito de monopolización ilegal tiene dos elementos: posesión de poder de mercado en el mercado correspondiente y la adquisición voluntaria o mantenimiento de dicho poder, a diferencia del crecimiento o desarrollo como consecuencia de contar con un producto superior, tener buen juicio comercial o en razón de una circunstancia histórica. El poder de mercado consiste en la capacidad para controlar precios o excluir a la competencia, y el porcentaje del mercado es el factor más importante para medir el poder de mercado; por lo general, si el porcentaje supera el 70%, se considera que es suficiente para determinar que hay poder de mercado. Por el contrario, un porcentaje menor del 40% de las acciones es generalmente consi-

derado un valor insuficiente. Para el segundo elemento, las cortes exigen que se demuestre una conducta anticompetitiva o predatoria, esfuerzos para excluir rivales sobre una base que no sea la eficiencia. Como ejemplos de tales conductas cabe mencionar la asignación de precios inferiores a los costos, introducción de demandas improcedentes contra la competencia o la negación de acceso a un bien o servicio esencial.

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

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

Por otro lado, las fusiones y adquisiciones son prácticas prohibidas “en cualquier rama del comercio o cualquier actividad que afecte el comercio en cualquier parte del país, cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tienda a crear un monopolio (...)”²¹. Las fusiones y adquisicio-

nes también pueden ser objeto de demandas bajo las Secciones 1 y 2 de la Ley Sherman, así como bajo la Sección 5 de la Ley de la FTC.

Supervisión, procedimiento y sanciones

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

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

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

Los gobiernos estatales también son pieza importante en la aplicación de la legislación antimonopolio: cada uno de los 50 estados puede demandar judicialmente para que se apliquen las leyes antimonopólicas federa-

les cuando la violación de alguna de las leyes cause daños al estado mismo o a sus ciudadanos. Además, 49 de los 50 estados tienen sus propias leyes antimonopolio, las cuales son aplicadas mediante demandas incoadas por los estados o partes privadas en las cortes estatales.

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

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

Ambos organismos tienen la capacidad para llamar testigos y producir evidencias para las investigaciones antimonopólicas, aunque sujetos al seguimiento de estrictas reglas para la protección de la confidencialidad.

Las leyes antimonopolio se ejecutan principalmente a través de procesos incoados ante cortes federales. La FTC conduce sus propios procesos administrativos para adjudicar violaciones a las leyes antimonopolio; no obstante, también en estos casos, la FTC debe recurrir a las cortes para obtener desagra-

vios preliminares por mandato judicial o denunciar el incumplimiento de sus fallos resolutorios. Para los casos de enjuiciamientos penales federales, el DOJ se vale de procedimientos penales estándar, tales como el gran jurado o los testimonios con inmunidad. En los procesos penales del DOJ, los acusados pueden solicitar un juicio por jurado, mientras que en los procesos civiles del mismo DOJ rigen las normas comunes de procesamiento civil, pero los acusados no tienen derecho a juicio por jurado.

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

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

Daños: la causa de acción privada por infracción de las leyes antimonopolio es un componente fundamental del sistema antimonopólico estadounidense y es independiente de cualquier acción gubernamental. Sin embargo, si se introduce una demanda privada luego de una demanda gubernamental incoada en virtud de la Ley Sherman o la Ley Clayton en la cual el de-

mandado fue encontrado culpable, el demandante privado puede utilizar el fallo de ese primer juicio como prueba prima facie de la infracción. Las partes privadas pueden obtener mandamientos judiciales y generalmente tienen derecho al resarcimiento triple de daños por concepto de violación de las leyes antimonopolio, así como a la recuperación de un monto razonable de los honorarios de los abogados. El gobierno de Estados Unidos también puede demandar por resarcimiento triple de daños para recuperarse de los perjuicios infligidos a su actividad o propiedad como resultado de una infracción de la legislación antimonopólica.

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

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

Las decisiones administrativas de la FTC son apelables directamente ante las cortes federales de apelación. Las demandas privadas son también introducidas ante las cortes y sujetas a revisión de apelación. En contadas ocasiones, la Corte Suprema ejerce su juris-

dicción discrecional para revisar la decisión de una corte federal de apelaciones en un caso antimonopólico.

D. Unión Europea

La doctrina coincide en afirmar que la normatividad de la Unión Europea, relacionada con la Fijación de precios, como práctica competitiva sancionable, se encuentra resumida en el artículo 85 del Tratado de Roma, el cual expresa lo siguiente:

“Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos

mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

“Art. 85.- 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: - cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, - cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, - cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas; que contribuyan a 1) mejorar la producción o la distribución de los productos o 2) a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate”²².

La filosofía de la normatividad europea, con relación a la fijación de precios, se podría resumir en la frase “La economía de mercado no es la selva donde rige la ley que imponen los más fuertes”²³.

Teniendo en cuenta la imperfección del mercado, la Unión Europea (UE) determina por medio de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma (T.R.), cuáles son las conductas que se consideran atentatorias contra la libre competencia; no obstante, es preciso aclarar que en el llamado caso pronuptia, el cual fue sometido a conocimiento del Tribunal de Justicia de la UE, se emitió Sentencia el 28 de enero de 1986, excluyendo de los artículos

22 Tratado de Roma, Art. 85.

23 Julio Pascual y Vicente – Magistrado del Tribunal de Defensa de la Competencia de España.

85 y 86 del T.R. a las franquicias de formato de negocio, bajo determinadas consideraciones y los expertos consideran que este precedente coadyuva a otorgar mayor seguridad jurídica a la figura contractual de la Franquicia.

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

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

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

Prácticas prohibidas. En el marco europeo se entiende que afectar la competencia es afectar la habilidad para operar en el mercado sin interferencias artificiales; estas conductas o prácticas pueden deberse a diferentes objetivos tales como:

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

Específicamente en España, la regulación de la competencia libre empezó con la ley de prácticas restrictivas de la competencia, de 20 de julio de 1963; esta ley sigue las directrices del Tratado de Roma en cuanto a la prohibición de los acuerdos verticales para la fijación de precios.

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

- Sólo se podrá modificar el alza, previa autorización administrativa.
- Hasta un alza del 3% es competente la Junta Superior de Precios; cuando su-

pere esta tasa, entenderá el Consejo de Ministros.

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

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

- Notificación de la modificación con un mes o dos de antelación.
- Cuando se rebasen los niveles de incrementos que se consideren aceptables en los precios, la Junta Superior de Precios lo comunicará al Gobierno para que se adopten las medidas adecuadas de corrección; incluso se podrá proponer la inclusión del producto en el régimen de precios autorizados.

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

- El mantenimiento a disposición de la Administración, durante seis meses, de la documentación referente a los incrementos de los costes repercutidos en los precios.
- En las subidas anormales de los precios, comprobadas por la Junta Superior de Precios, se podrán incluir estos bienes y servicios.

Supervisión, procedimiento y sanciones

Las prácticas y actuaciones restrictivas de la competencia que, produciendo sus efectos en el territorio de la Unión Europea, afecten al comercio entre los Estados miembros, dan lugar a la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica

Europea hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 (TCEE); ahora bien, ello no excluye que las referidas prácticas y actuaciones queden sometidas también a las normas sobre defensa de la competencia establecidas en los Derechos nacionales de los Estados miembros, es por ello que cada Estado debe determinar las reglas que han de resolver en tales casos la aplicación del Derecho comunitario y del Derecho interno de los Estados miembros.

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

“Que el Tratado CEE ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones; 398 36 – que sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros puedan adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado; – que la fuerza operativa del Tratado y de los actos jurídicos adoptados para su aplicación no podría variar de un Estado a otro como consecuencia de actos internos, sin que se obstaculice el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los objetivos del

Tratado; – que, por tanto, los conflictos entre la regla comunitaria y las reglas nacionales en materia de ententes deben resolverse por la aplicación del principio de la primacía de la regla comunitaria”.

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

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

Jurisdicción administrativa de Comisión Europea apelables a Tribunales de La UE. No hay procedimientos privados.

CONCLUSIONES

La fijación de precios como práctica competitiva sancionable está íntimamente relacionada con la defensa de la competencia, en la búsqueda estatal de la denominada libre competencia, por cuanto es un factor fundamental para garantizar el adecuado desarrollo de la economía. Si tratáramos de resumir los principios básicos de la actuación de las autoridades gubernamentales colombianas en materia de competencia podríamos decir que el único y principal objetivo de las autoridades de defensa de la competencia es la protección de los consumidores, pero siempre teniendo en cuenta que las leyes de defensa de la competencia no deben servir para aislar algunas empresas de los procesos competitivos que caracterizan una

economía de mercado, pues la competencia produce inevitablemente ganadores y perdedores entre las empresas que operan en un mismo mercado.

Mundialmente, la época de ejercer la competencia sin limitaciones ha pasado y la vertiente que prevalece es la conciencia de que el mundo real de la economía presenta ciertos desequilibrios que no pueden ser corregidos por la mera actuación de las fuerzas del mercado competitivo, y en este sentido, en la actualidad se comprende casi unánimemente que una moderada política de regulaciones puede hacer mucho bien a la economía²⁴.

En las últimas décadas hemos presenciado la intensificación de un proceso que se conoce como “globalización”. Este término describe una serie de tendencias entre las cuales se encuentran el aumento del intercambio y comercio trans-fronterizo, la mayor importancia que adquiere el capital privado, el incremento de la inversión extranjera directa por parte de corporaciones multinacionales y la liberalización de sectores que antes estaban bajo control o propiedad del estado. Es así que la competencia ha llegado más que nunca a un número mucho mayor de regiones y países, y las prácticas que pueden sofocar esa competencia se han vuelto más visibles, en particular en aquellos casos donde los monopolios del estado han sido sustituidos por monopolios privados, los cuales constituyen los denominados carteles que involucran empresas que acuerdan entre ellas restringir la producción, dividir los mercados y fijar precios.

Existe un problema clave en la sancionabilidad de la fijación de precios a escala internacional, y es que la competencia de las autoridades se ve limitado geográficamente al país en el cual está situada, es decir, que las autoridades pueden experimentar una cierta dificultad para emprender acciones judiciales con respecto a determinados casos cuando la información se encuentra fuera del país o cuan-

do la actividad anticompetitiva se lleva a cabo en otra parte, como el caso del cartel en el mercado de carbón en trozos en Turquía, donde la investigación realizada por la Autoridad de Competencia de Turquía (TCA) reveló que los precios del carbón habían subido notablemente como resultado de la fijación de precios por parte de varias empresas, dos de las cuales tenían casa matriz en ultramar, una en Suiza y la otra en Austria. Las empresas nacionales fueron multadas por su participación en el cartel mientras que a la única firma extranjera que se encontró culpable no se le pudo imponer una multa.

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

La legislación colombiana, comparada con la defensa de la competencia en Europa, muestra ciertos vacíos, toda vez que la Comunidad Europea protege a los consumidores frente al poder de mercado de ciertas empresas, pero éste es sólo un objetivo entre varios: las autoridades comunitarias se preocupan de otros objetivos tales como la protección de la pequeña y mediana industria, el empleo, la unidad de mercado interior, etc.

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

ACHY, L.; SEKKAT, K. 2005. *Competition, efficiency and competition policy in Morocco*. Trabajo realizado para el proyecto financiado por el IDRC: Competition, efficiency and competition policy in the MENA region (101726). International Development Research Centre, Ottawa, ON, Canadá.

APEC–OECD (Asia-Pacific Economic Cooperation – Organisation for Economic Co-operation and Development). n.d. *APEC–OECD integrated checklist on regulatory reform: a policy instrument for regulatory quality, competition policy and market openness*. Organisation for Economic Co-operation and Development, París, Francia. <http://www.oecd.org/dataoecd/3/53/36326815.pdf>, citado 25 enero 2008.

ARIEL BOLAÑOS. 2003. *Estudio del caso Ford*, disponible en <http://www.fijaciondeprecios.com> Revista virtual.

BALDWIN J.R. 1998. *The dynamics of industrial growth*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido.

CIJUS. 2003 *Proyecto de Investigación y apoyo del equipo negociador de Colombia en el ALCA y la OMA*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- CONNOR, J.M.; BOLOTOVA, Y. 2006. "Cartel overcharges: survey and meta-analysis". *International Journal of Industrial Organisation*, 24(6), 1109-1137.
- EASTERLY, W. 2001. *The elusive quest for growth*. MIT Press, Cambridge, MA, Estados Unidos.
- EUROPEAN COMMISSION. 2003. *Glossary of terms used in competition related matters*. Directorate-General for Competition, European Commission, Bruselas, Bélgica. http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_en.html, citado 23 enero 2008.
- FAUS Y MOLINER. *Cápsulas, Boletín de información jurídica*, No. 64, Sep., 2004, España.
- GAL, M. 2001. *Does size matter: the effects of market size on optimal competition policy*. University of South Carolina Law Review, 40, 1437-1478.
- GWARTNEY, J & STROUP, R. 1994. *Introduction to economics: the wealth and poverty of nations*. Philadelphia: The Driden Press.
- KHEMANI, R.S. 2007. *Competition policy and promotion of investment, economic growth and poverty alleviation in least developed countries*. The World Bank, Washington, DC, Estados Unidos. FIAS occasional paper 19.
- KHEMANI, R.S.; SHAPIRO, D.M. n.d. *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Organisation for Economic Co-operation and Development, París, Francia.
- LAGUNA REYES, Christian. 2000. *El monopolio una nota didáctica, fijación de precios y equilibrio del monopolio*.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). 1998. *Recommendation of the council concerning effective action against hard core cartels*. OECD, París, Francia.
- OLIVEIRA, G. 2006. *Can competition help nations meet the millennium development goals?* Presented at the workshop: The development dimension of competition law and policy: economic perspectives, 2 mayo 2006, Ciudad del Cabo, Sudáfrica. http://www.tralac.org/pdf/20060502_G_Olivieria_ICN020506.ppt, citado 25 enero 2008.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson, 1996. *Competencia Desleal*. Colombia.
- REUTERS, Junio 28 de 2008. "Grandes aerolíneas pagarán multas por fijar precio". *El Universo*, Washington.
- SCHATAN, C.; RIVIERA, E., ed. 2008. *Competition policies in emerging economies*. Springer, Nueva York, NY, Estados Unidos/ International Development Research Centre, Ottawa, Canadá. En imprenta.
- SCHERER, F.M.; ROSS, D.R. 1993. *Industrial market structure and economic performance*. Houghton Mifflin, Boston, MA, Estados Unidos.
- STEWART, T. 2000. "The functioning of patent monopoly rights in developing economies: in whose interest". *Social and Economic Studies*, 49(1), 1-52.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 2004. Concepto 040088872. Colombia.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 2001. Concepto 01091383. Colombia.
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. 2000. Concepto 00003799. Colombia.
- UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development). 2000. *The United Nations set of principles and rules on competition: the set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices*. Naciones Unidas, Ginebra, Suiza. <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>, citado 25 enero 2008.