

Por:

Gabriel Ibarra Pardo y Alfonso Miranda Londoño

Santafé de Bogotá, Agosto de 1999

LA PRACTICA DE FIJACION UNILATERAL DE PRECIOS (FUP) Y SU APLICACION EN COLOMBIA¹

Por

Gabriel Ibarra Pardo y Alfonso Miranda Londoño²

1. INTRODUCCION.

El presente documento tiene por objeto analizar la práctica conocida como Fijación Unilateral de Precios (a la cual nos referiremos también como FUP), a la luz del Derecho de la Competencia.

A pesar de la importancia del tema para los industriales y comerciantes, así como de la proliferación de normas legales y reglamentarias sobre el mismo, hasta hace poco tiempo, ni la comunidad académica ni las autoridades de la competencia se habían preocupado por ordenar y explicar las normas y principios relacionados con este tipo de prácticas.

La creciente y vital aplicación del Derecho de la Competencia que en buena hora viene realizando la Superintendencia de Industria y Comercio, hace aún más necesario que se debatan en profundidad temas como el que hoy nos ocupa, con el ánimo de ofrecer a los actores del mercado, claridad sobre el contenido, alcance y aplicación de las normas sobre la materia.

No hay duda que para cualquier empresario resulta vital la decisión sobre la comercialización de sus productos, ya sea en forma directa o a través de una red de distribución, la cual puede ser a su vez independiente o controlada. Dentro de la organización o determinación de la estructura del esquema de comercialización de los productos, ocupa lugar de singular importancia y complejidad el de la determinación del precio, tanto el que se ofrece a la red de comercialización, como el llamado precio de venta al público.

Al respecto hemos sostenido que de conformidad con el principio constitucional de la actividad económica e iniciativa privada libres, las decisiones sobre la estructura del

¹ Conferencia presentada por los autores en el marco del CEDEC.

² El doctor Gabriel Ibarra Pardo es Abogado Javeriano. Master en Derecho de la Universidad de Exeter Reino Unido. Socio de la firma Escobar & Ibarra, Abogados.

El doctor Alfonso Miranda Londoño es Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Javeriana y en los posgrados de varias universidades. Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Socio de la firma Chemás, Miranda & Asociados.

esquema de distribución y comercialización de los productos deben ser tomadas en forma autónoma por los empresario, razón por la cual el régimen jurídico debe ser neutro frente a ellas, sin que por ello se vulnere el principio de libertad de competencia y prohibición de realizar prácticas restrictivas y desleales de la misma.

Es importante por lo tanto, que a la hora de estructurar su sistema de comercialización, los empresarios encuentren reglas claras de conducta, que les permitan adoptar aquellas decisiones que resulten más convenientes desde el punto de vista económico y de competitividad.

El tema resulta de suma importancia para todos aquellos sectores de la economía en los cuales la comercialización de los productos o servicios al consumidor final se hace total o parcialmente a través de redes exclusivas o no exclusivas de distribuidores o comercializadores independientes. Para estos productores, así como para los distribuidores mayoristas de un producto o servicio, resulta de la mayor importancia saber si pueden o no fijar legalmente, o sugerir precios de venta al público, como parte de sus políticas de comercialización.

Nuestro análisis se refiere como es natural al caso colombiano, pero resume también las posiciones adoptadas en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea.

2. LA FUP EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

Los acuerdos para la fijación de precios a los consumidores (en Inglés "*Resale Price Maintenance*") habían sido considerados hasta ahora ilegales per se por la Corte. En el caso de *Dr. Miles Medical Co. v. John Park & Sons Co.*³, la Corte dijo que un contrato celebrado entre un fabricante y el distribuidor de su producto, que le exigía a este último vender a un precio determinado, era inaplicable por cuanto resultaba violatorio de la ley Sherman. La Corte prohibió la práctica por cuanto presumió que los únicos distribuidores que podrían obtener beneficios a los precios establecidos por el acuerdo eran algunos "preferidos". La ilegalidad *per-se* de los acuerdos sobre fijación de precios al consumidor fue mantenida por la Corte en 1984, con la decisión de *Monsanto Co. v. Spray Rite Service Corporation*.

La negativa Unilateral a Contratar (En Inglés "*Unilateral Refusal to Deal*"), ha sido tradicionalmente considerada legal por la Corte. En el caso de *Colgate & Co. v. U.S.*⁴ la Corte estableció la principal excepción a la jurisprudencia del caso de *Dr. Miles*, al permitirle al productor (Colgate) rehusarse a venderle su producto ("*Unilateral Refusal to Deal*") a aquellos distribuidores que no lo vendieran al precio que Colgate había fijado con anticipación en forma unilateral ("*Resale Price Maintenance*"). La razón por la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos permitió esta restricción, consistió en que no se había dado un pacto o acuerdo y por lo tanto no se había violado la ley Sherman.

³ Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 287. Puede verse el texto del caso.220 U.S. 373 (1911).

⁴ Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 301. Puede verse el texto del caso.250 U.S. 300 (1919).

Sin embargo, en Noviembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia de los EUA, con ponencia de la magistrada Sandra Day O'Connor, se pronunció en el caso de *State Oil v. Barkat Khan*, en el cual modificó de manera importante la doctrina establecida en 1968 en el caso de *Albrecht v. Herald Co.*⁵, en el cual la Corte Suprema estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per-se*. En efecto, en este caso, el más importante en los últimos años, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la regla de la razón y no bajo la regla *per-se*.

El motivo para realizar este cambio jurisprudencial, radicó en que la Corte no pudo continuar sosteniendo que los acuerdos para la fijación de precios máximos, eran tan irremediamente anticompetitivos, que los jueces no deberían gastar tiempo y esfuerzo en la investigación de cualquier posible efecto procompetitivo o en favor de los consumidores.

De acuerdo con la decisión mencionada, en los casos de fijación concertada de precios máximos de venta al público los consumidores se benefician, porque los fabricantes o distribuidores mayoristas obligan a los distribuidores minoristas a compartir con los consumidores, las eficiencias y ganancias que se producen al nivel mayorista.

El análisis de la regla de la razón se basa en la determinación de tres aspectos fundamentales por parte de la autoridad de la competencia, como son el propósito, la naturaleza y el efecto de la práctica bajo estudio. En este tipo de investigación resulta válido por lo tanto, que la autoridad evalúe los efectos anticompetitivos versus los procompetitivos de la práctica en cuestión.

Como un importante sector de la doctrina lo venía proponiendo desde hace tiempo, la Corte aplicó en el caso de *State Oil v. Barkat Khan* un raciocinio similar al utilizado para definir la legalidad de los acuerdos verticales de repartición de mercados en el caso de *Continental Tv. Inc. v. GTE Sylvania*.⁶

En el caso de *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania*, la Corte se negó a declarar ilegal el esquema de distribución de Sylvania, aunque restringía la competencia entre sus distribuidores. Sylvania era una pequeña fábrica de televisiones con una participación del 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores con el fin de que pudieran competir más agresivamente contra otras marcas. Para el efecto, Sylvania operaba con una pequeña red de distribuidores cuidadosamente seleccionados, entre los cuales dividió el mercado en regiones geográficas. La participación de Sylvania en el mercado global se incrementó hasta el 5% con posterioridad a la implantación de este sistema.

5 390 US 145 (1968).

6 Op Cit. Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. Pag. 315. Puede verse el texto del caso.433 U.S. 36 (1977). Ver 5.3.2. Supra

Cuando Sylvania nombró otro distribuidor en el área señalada al demandante, este reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región. Sylvania redujo el nivel de suministro y posteriormente terminó la franquicia. Al decidir el caso la Corte consideró que debido a los efectos positivos de la práctica sobre la competencia con otras marcas de televisores, no se debía aplicar la regla *per-se*.

La Corte concluyó que aunque las restricciones verticales de tipo territorial podían restringir la competencia entre los distribuidores de la misma marca de un producto, bajo la regla de la razón serían declaradas legales cuando se demostrara que producían el efecto de incrementar la competencia con otras marcas dentro del mercado relevante.

3. LA FUP EN LA UNION EUROPEA.

La jurisprudencia y la doctrina han sido unánimes en sostener que la comunicación por parte del proveedor al distribuidor, por medio de la cual éste recomienda precios de reventa no es violatoria de la ley, siempre y cuando no exista obligación para el distribuidor de utilizar esos precios.

Sin embargo, se prohíbe el establecimiento obligatorio de precios mínimos, como lo hace la mayoría de las normas sobre promoción de la competencia.

La Negativa Unilateral a Contratar, motivada por la intención de eliminar a un actual o potencial competidor, ha sido condenada en diferentes decisiones de la Comisión. Dicha entidad requiere que exista una "justificación objetiva" para negarse a contratar y que tal medida resulte proporcional a la ofensa infligida, esto es, que la empresa que aplica la negativa a contratar, no imponga medidas más restrictivas que las necesarias para la protección de sus legítimos intereses. En estas circunstancias resultaría por ejemplo adecuado aplicar la Negativa Unilateral a Contratar, cuando el cliente presenta una mora reiterada en el pago de sus obligaciones.

Los acuerdos verticales se consideran ilegales cuando tienen por objeto o como efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia, pero pueden ser permitidos si contribuyen al mejoramiento de la producción o distribución de bienes o a la promoción del progreso técnico o económico, en tanto que permitan a los consumidores una participación justa del beneficio resultante.

4. EL CASO COLOMBIANO.

A pesar de la evolución que el tema ha tenido en otras latitudes, en Colombia no ha sido, como ya lo advertimos, suficientemente debatido por las autoridades de la competencia y por la comunidad académica, razón por la cual, el análisis que a continuación se presenta, se encuentra basado fundamentalmente en la ley.

Debe recordarse, que al abrir el caso de los Automóviles (Resolución SIC 925 del 13 de Mayo de 1996), la Superintendencia de Industria y Comercio acusó a los fabricantes de

automóviles de realizar acuerdos verticales de fijación de precios con su red de distribución, con base en la práctica de dichos productores en el sentido de expedir listas de precios de venta sugeridos al público, las cuales hacían circular entre sus concesionarios.

En este caso, que fue planteado por la SIC como un caso de acuerdos de precios, se encontraba sin embargo la materia prima necesaria para que la Superintendencia realizara un pronunciamiento de fondo sobre el tema de las listas de precios de venta sugeridos al público y por ende de la FUP. Sin embargo, el caso terminó mediante la aceptación de garantías en la Resolución SIC 1.187 del 6 de Agosto de 1997, por medio de la cual la Superintendencia cerró la investigación sin estudiar el problema de fondo, el cual aún está por resolverse en el derecho colombiano.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestra opinión el análisis y solución del tema que motiva este documento bajo el derecho colombiano debe desarrollarse como se indica en los puntos siguientes.

4.1. Ilegalidad *per-se* de los acuerdos de fijación de precios.

Los acuerdos de fijación de precios, tanto verticales como horizontales, son *per-se* ilegales bajo la ley colombiana, ya que el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece una presunción de derecho sobre la ilegalidad de dichos acuerdos. Las partes pertinentes de la norma mencionada dicen lo siguiente:

“Artículo 47.- Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”

“...” (El subrayado es nuestro).

Como se puede observar, la norma no hace distinción ninguna entre un acuerdo vertical y uno horizontal de fijación de precios (a diferencia de lo que sucede en la actualidad en los E.U.A., como ya se explicó), razón por la cual se debe aplicar el criterio estricto de la regla *per-se* a ambas clases de acuerdos, sin entrar por lo tanto a examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino simplemente su realización objetiva.

4.2. La legalidad de la Fijación Unilateral de Precios.

En cuanto a la FUP, se hace necesario analizar varias normas que paso a discutir en los siguientes puntos:

Ley 155 de 1959, Modificada por el decreto 3.037 de 1963.

Artículo 1.- "Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

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

Esta norma contiene la cláusula general de prohibición contra toda clase de prácticas restrictivas de la competencia, tanto unilaterales como concertadas y debe leerse en concordancia con el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que dice textualmente lo siguiente:

"Decreto 2.153 de 1992. ARTICULO 46.- PROHIBICION. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito." (El subrayado es nuestro).

Estas prohibiciones generales se le aplican a cualquier tipo de conducta restrictiva de la libre competencia que no se encuentre expresamente descrita como ilegal *per-se* en los artículos 47, 48, 50 y 51 del Decreto 2153 de 1992, o en alguna parte de la Ley 155 de 1959, cosa que no sucede en el caso de la FUP.

Es más, el fenómeno de la FUP en el derecho colombiano se encuentra por lo menos parcialmente sometido a la regla de **legalidad *per-se***, ya que el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 de manera expresa establece la posibilidad de los fabricantes o distribuidores mayoristas de imponerle a su red de distribución un precio de venta al público en forma unilateral, así como la obligación que la red de distribución tiene de acatar dicho precio, siempre que se trate de Precios Máximos, ya que podría considerarse que tal disposición fue derogada parcialmente por los artículos 18 y 20 del Decreto Especial 3466 de 1982 (Estatuto de Protección al Consumidor), o que la imposición de precios de venta al público estaría en algunas oportunidades en contravención con las normas del Decreto 2153 de 1992, como lo veremos más adelante.

El artículo 9° de la Ley 155 de 1959 dice textualmente lo siguiente:

Ley 155 de 1959. Artículo 9.- "Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, 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." (El subrayado es nuestro).

El artículo 9° de la Ley 155 de 1959 debe interpretarse en concordancia con las disposiciones sobre Protección al Consumidor (D.E. 3.466 de 1982), en las cuales se incluyen algunas disposiciones relativas a la fijación de precios.

En particular nos referimos a las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 20 del citado decreto, las cuales dicen textualmente lo siguiente:

Art. 18 D.E.3466 de 1982.-"Obligación de fijar los precios máximos al público: 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 los bienes mismos." (las subrayas son nuestras).

El inciso 2° de este artículo fue inicialmente derogado por el Artículo 235 del Decreto Extraordinario 1122 de 1999. El mencionado Decreto extraordinario, fue declarado inexecutable por La Corte Constitucional, mediante sentencia No. C-702 de 1999. En vista de lo anterior, el Gobierno Nacional le solicitó nuevamente facultades extraordinarias al Congreso, el cual se las concedió por medio de la Ley 573 del día 7 de febrero de 2000. Con base en dichas facultades extraordinarias, el Gobierno expidió el Decreto Extraordinario No. 266 del 22 de febrero de 2000, el cual dispone en su artículo 116 la derogatoria del inciso 2° del artículo 18 del Decreto 3466 de 1982, y por lo tanto eliminó definitivamente (al menos por ahora) la obligación de fijar precios máximos de venta al público por parte del productor.⁷

⁷ El mencionado inciso decía lo siguiente:

"Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios máximos al público indicados en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor."

Artículo 20 D.E. 3466 de 1982.- Modificado por el Artículo 117 del Decreto 266 de 2000⁸. "Sistema de fijación de precios en los bienes mismos: Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos".⁹

Como se puede observar, la modificación del artículo 20 del Decreto 3466 de 1982 elimina la obligación de que los productores realizaran la fijación de precios en los bienes mismos. Dicha fijación debe ser en general realizada por los proveedores o expendedores de bienes. Como se puede observar, la declaratoria de inexecutable del Decreto 1122 de 1999 no modificó la posición de la SIC con respecto a la fijación de precios en los bienes mismos, la cual se mantuvo intacta y fue plasmada en el artículo 117 del decreto 266 de 2000 en la forma ya vista.

Sin embargo, no puede pensarse que la posibilidad de que los fabricantes o productores fijen precios de venta al público quedó eliminada, ya que el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 arriba transcrito, se refiere de manera expresa a dicha posibilidad, razón por la cual debe considerarse que en tal caso el precio fijado por el productor o fabricante es el precio de venta máximo al público, el cual debe ser respetado por los proveedores o expendedores de los bienes.

Antes de que ocurriera la modificación introducida por el Decreto 1122 de 1999, que quedó finalmente plasmada en la misma forma por el Decreto 266 de 2000, se le consultó a la Superintendencia sobre el contenido de estas normas, y la mencionada entidad se pronunció mediante oficio del día 8 de Marzo de 1999, radicado bajo el número 98073466, en la cual expresó lo siguiente:

"...en opinión de esta Superintendencia la posibilidad de que el productor señale precios máximos de venta al público contemplada en el artículo 18 del decreto 3466 de 1982 no fue derogada con la expedición del decreto 2153 de 1992 pero, bajo determinadas circunstancias podría implicar contravención de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

⁸ Este inciso había sido inicialmente derogado, por el artículo 236 del Decreto 1122 de 1999, que como ya se advirtió, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por Sentencia No. C-702 de 1999.

⁹ El inciso 1° del artículo 20 del Decreto Extraordinario 3466 de 1982 decía lo siguiente:

"Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los productores, proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos."

De acuerdo con lo previsto en el artículo 18 del decreto 3466 de 1982 los proveedores o expendedores deberán dar a conocer el precio al cual venderán los productos o prestarán los servicios. Este deber se puede cumplir de 3 maneras:

- *Fijándolo en lista*
- *Fijándolo en los bienes mismos; o*
- *Acogiéndose al señalado por el productor*

Dentro del marco de la libertad de empresa y de competencia que rige en Colombia, la tercera alternativa será viable solamente cuando una norma positiva habilite al productor para proceder en ese sentido¹⁰

Las disposiciones legales se derogan por disposición expresa o, en casos de ser irreconciliables, de manera tácita.¹¹ No hay en el decreto 2153 de 1992 ninguna norma que implique derogatoria del artículo 18 antes comentado.

Sin embargo de lo anterior, dada la fuerza legal del decreto de estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio¹² y el hecho de ser posterior al estatuto del consumidor, debe entenderse que cualquier aplicación que se haga del deber de establecer los precios no puede implicar contravención de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.”

Así mismo, en respuesta a otra consulta, que se encuentra contenida en oficio del día 26 de Diciembre de 1998, radicado bajo el número 98057024-1, la Superintendencia expresó lo siguiente:

“1. En primer término, en desarrollo de la política de precios las entidades competentes para fijar los precios son los Ministerios, Comisiones de Regulación, caso servicios públicos y otras entidades del orden nacional.

El ejercicio de la política de precios podrá ejercerse por parte de las citadas entidades, bajo las modalidades de control directo, libertad regulada o libertad vigilada. Cuando un bien o servicio no esté sujeto a regulación por parte de alguna entidad competente, su precio se determinará libremente por parte del proveedor del mismo.

10 Debe notarse que, al tenor del artículo 2033 del código de comercio, el artículo 9 de la ley 155 de 1959 quedó derogado con la expedición de ese código.

11 Artículo 71 del Código Civil

12 Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente No. 2335 7 de diciembre de 1993

2. Actualmente los precios de los productos y servicios que se expenden al consumidor, se encuentran en libertad, es decir su precio se determina por el libre juego de la oferta y demanda, a excepción de las tarifas de servicios públicos domiciliarios (Comisiones de Regulación), los cánones de arrendamiento para vivienda urbana (su incremento se establece por el índice de la inflación proyectada) tarifas de transporte (Ministerio de Transporte) y precios de algunos combustibles (Ministerio de Minas).

3. De conformidad con el decreto 3466 de 1982, Estatuto de Protección al Consumidor, establece que para la indicación pública de precios para todos los bienes y servicios, el proveedor podrá elegir, la lista de precios o la indicación de los mismos en los bienes.

4. El decreto 1485 de 1996 en su artículo 2 establece que cuando en el envase, o en el cuerpo del bien o mediante etiquetas adheridas a los bienes, se utilice código de barras, el expendedor podrá fijar el precio de venta al público atendiendo, a su elección a una de las siguientes modalidades:

a) Fijación del precio en el bien mismo, mediante caracteres perfectamente legibles.

b) Fijación por el sistema de listas. En este evento, el precio de los productos podrá fijarse en la góndola, anaquel o estante donde se encuentren ubicados los bienes, de manera clara y legible para el consumidor.

5. Las Alcaldías en materia de precios tienen la función de vigilar que los proveedores de bienes y servicios estén cumpliendo con la indicación pública de precios de conformidad con las normas citadas anteriormente.

6. La entidades competentes que tienen la función de definir la política de precios, son así mismo competentes para entrar a determinar los márgenes de comercialización, hasta la fecha este superintendente no ha recibido de ningún organismo estatal que tienen competencia en la materia, decisión de intervenir los márgenes de comercialización para ningún producto ni servicio."

"4. El decreto 1485 de 1996 en su artículo 2 establece que cuando en el envase, o en el cuerpo del bien o mediante....."

"5. Las Alcaldías en materia de precios tienen la función de vigilar que los proveedores de bienes y servicios estén cumpliendo con la indicación pública de precios de conformidad con las normas citadas anteriormente."

Esta percepción se confirma con el análisis de otras normas de carácter reglamentario que han desarrollado el punto para sectores específicos, tales como las siguientes:

Decreto 863 de 1998. Por el cual se reglamenta el Decreto-ley número 3466 de 1982.

“Artículo 1º.- Con el propósito de facilitar al consumidor la selección económica de los bienes que desee adquirir, así como de escoger el expendedor que considere más conveniente, a partir de la vigencia del presente Decreto, se hace obligatoria la publicidad del precio al público de los artículos de primera necesidad, en los términos y circunstancias que se señalan más adelante.

Artículo 2º.- En los siguientes bienes especificados según su naturaleza el productor deberá indicar el precio al público en el empaque, el envase o en el cuerpo del mismo :

- a) Los sometidos a registro sanitario expedido por el Ministerio de Salud;
- b) Los productos alimenticios a granel como arroz, frijol, lenteja y otros, que se presentan para ser vendidos empacados en bolsa plástica o de cualquier otro material;
- c) Los elaborados. procesados, manufacturados o empacados en establecimiento comercial o fábrica que requiera para su funcionamiento licencia sanitaria de acuerdo con las disposiciones pertinentes;
- d) Los destinados a vestuario;
- e) Los de uso doméstico como betún, papel higiénico, pañales desechables, detergentes, pilas para radio;
- f) Los cuadernos, textos, útiles escolares y demás material didáctico.

Los medicamentos y demás bienes sometidos a control de precios se regirán por las normas especiales al efecto.

Artículo 3º.- Los demás artículos de primera necesidad no especificados en el artículo anterior, serán expandidos con base en la indicación del precio de venta al público contenido en la lista que exista en el establecimiento comercial, colocada en lugar de notoria visibilidad para el comprador.

Parágrafo.- El tamaño de los caracteres empleados para elaborar la lista de precios no podrá ser inferior a un (1) centímetro, con excepción de aquellos expendedores que utilicen lista de precios

sistematizada y de conformidad con la regulación vigente al efecto.”

Decreto 147 de 1999. Por el cual se deroga el Decreto 1961 de diciembre 3 de 1992 y se reglamenta parcialmente el Decreto 3466 de 1982.

“**Artículo 1°.**- Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto-ley 3466 de 1982, que señala la obligatoriedad para el expendedor o proveedor de fijar los precios máximos de venta al público de los bienes o servicios que ofrezca, en lista o en los bienes mismos, los productores de productos farmacéuticos sometidos a Control Directo deberán fijar, en el empaque, el envase o en el cuerpo del producto, el precio máximo de venta al público, indicando el número y la fecha del acto administrativo por el cual se fijó el correspondiente precio máximo de venta al público.

Parágrafo.- En los productores no podrá aparecer más de un precio máximo de venta al público, ni se podrán hacer tachaduras o enmendaduras al precio señalado originalmente el cual, en todo, caso será el precio máximo de venta al público.

Artículo 2°.- El precio máximo de venta al público por parte de los expendedores no podrá exceder el precio máximo de venta al público señalado por el productor, pero podrá ser inferior a éste.”¹³

La propia Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado además, que existen algunos sectores de la economía, que continúan sometidos al sistema de regulación de precios, como sucede con el caso de los productos cárnicos. Así lo manifestó la Superintendencia al contestar una consulta radicada por el Inspector de precios, Pesas y Medidas de Fusagasugá, mediante oficio del día 27 de Enero de 1999, radicado bajo el No. 99001865, en el cual manifestó lo siguiente:

“...conforme al contenido de la ley 81 de 1988, en concordancia con la resolución número 47 de 1982, los precios de venta de productos cárnicos están sujetos a los establecidos por el comité municipal de cada municipio, en los siguientes términos:

Según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como

¹³ Debe entenderse que este Decreto Reglamentario resultó derogado con la expedición del decreto 1122 de 1999 y posteriormente, del Decreto 266 de 2000

efecto la fijación directa o indirecta de precios. No obstante lo anterior, en relación con los precios de venta de los productos cárnicos, la Ley 81 de 1988 determinó que, entre otras entidades, el Ministerio de Agricultura podrá desarrollar la política de precios para los productos del sector agropecuario, estando facultado para establecer los precios máximos de venta al público de los bienes y servicios sujetos a su control.¹⁴

A su vez, el Ministerio de Agricultura delegó la facultad para fijar los precios de la carne para el consumo humano a los comités de precios municipales que están integrados por el alcalde, el personero, dos representantes de los ganaderos de la región y un representante de los consumidores, los cuales serán designados por el respectivo alcalde.¹⁵

En ese entendido, por ley el precio de comercialización de productos cárnicos podrá ser establecido por el comité de cada municipio. En cuanto a la obligatoriedad del precio para los distribuidores debe observarse el contenido de la resolución 47 de 1982, donde se señala que los alcaldes municipales impondrán sanciones a los infractores de las medidas que sobre precios de la carne establezcan los comités de precios.”

En nuestra opinión, la fijación de precios máximos de venta al público es legal en el derecho Colombiano, puesto que no se encuentra prohibida por los artículos 118 y 120 del decreto 3644 de 1982, modificados por el Decreto 266 de 2000, se encuentra expresamente contemplada en el artículo 9º de la Ley 155 de 1959 y lo que busca es proteger al consumidor de arbitrariedades de los distribuidores, expendedores y/o mayoristas.

4.3. La Nueva Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio.

A pesar de las normas y doctrinas antes relacionada, no cabe duda que la SIC considera en la actualidad, que cada uno de los participantes en la cadena vertical de producción y distribución de bienes y en la prestación de servicios debe establecer sus precios en forma autónoma e independiente, sin sujetarse a la voluntad de otros agentes económicos.

Es por eso que la SIC insistió en la eliminación de las normas de protección al consumidor relacionadas con la fijación de precios en los bienes mismos por parte del productor. La eliminación de la obligación que tenía el productor de hacer tal fijación de precios fue incluida inicialmente en el Decreto 1122 de 1999 y posteriormente quedó plasmada en el Decreto 266 de 2000.

14 Literal a, artículo 61 de la ley 81 de 1988, “De las entidades que desarrollan política de precios. El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello halla lugar, por medio de resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control. corresponde a las siguientes entidades: a) Al ministerio de Agricultura para los productos del sector agropecuario.”

15 Artículo 1 resolución número 47 de 1982.

Como consecuencia de las normas mencionadas, hasta el presente la SIC no ha admitido la posibilidad que los productores fijen precios de venta al público a sus redes de distribuidores independientes, en contra de la tendencia mundial y de la propia nacionalidad económica.

Una muestra de los raciocinios que al respecto ha elaborado la SIC, se puede observar en los siguientes casos:

- a. En respuesta a una consulta del año 1999, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció mediante Concepto radicado bajo el No. 99041220-02, en el cual explicó que los productores de drogas para uso veterinario no tienen la obligación de imprimir el precio máximo de venta al público en sus empaques. Lo anterior refleja la posición de la entidad en relación con el tema de la FUP.

La Superintendencia consideró que permitir que el productor fije los precios a los distribuidores, expendedores y mayoristas, equivaldría a *“acceder a que un tercero los inflencie en cuanto a incrementar los precios o desistir de su intención de rebajarlos”*, lo cual, en opinión de la entidad, sería contrario a las normas de libre competencia, por violación del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

- b. En relación con el tema de los precios sugeridos de venta al público, la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció por medio del Concepto radicado bajo el No. 99050593-02, en el cual estableció que no es ilegal la sugerencia de precios, siempre y cuando no se estén contraviniendo las disposiciones que rigen la libre competencia. La entidad basa su apreciación en que de conformidad con el artículo 48 del decreto 2153 de 1992, *“influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios es un acto contrario a al libre competencia”*.

- c. En concepto, radicado bajo el No. 99025789-03, la Superintendencia estableció que la *“Cartilla para el Droguista”*, en la cual se fijan los precios de los medicamentos, promueve prácticas restrictivas de la libre competencia, puesto que en Colombia existe libertad de empresa y en tal medida, cada cual debe poder escoger el precio que pretende cobrar por un determinado bien o servicio. Para la Superintendencia existe libertad en la determinación de los precios, en la medida en que *“cada oferente puede libremente escoger el precio que cobrará por prestar un servicio o entregar un bien, de acuerdo a su estructura de costos y su margen de utilidad.”*

En este sentido, las farmacias o expendedores que acepten la fijación de precios hecha por el productor, incurren en acuerdos de fijación de precios bajo la modalidad de paralelismo consciente. Al respecto dice el Concepto que *“todo agente participante de la cadena de distribución tendrá autonomía en el precio que cobra por la venta del producto, sin estar sujeto al consenso de otras voluntades.”*

- d. El último pronunciamiento de la Superintendencia en relación con este punto, es el contenido en el Concepto del día 8 de marzo de 2000, radicado bajo el No. 00010284, mediante el cual contestó una consulta formulada por el Aeropuerto el Dorado sobre el posible control de los precios de los productos que se comercializan en dicho terminal aéreo.

Al respecto, la Superintendencia manifiesta que en Colombia no existe control de precios y que los mismos deben estar determinados por el libre juego de la oferta y la demanda. Sobre el tema de la indicación pública de precios, la Superintendencia afirmó, que de conformidad con el Decreto 3466 de 1982 y la Circular No. 011 del 25 de agosto de 1999 *"todo proveedor o expendedor esta obligado a fijar los precios máximos al público de los bienes y servicios que ofrezca; y para el cumplimiento de esta obligación puede elegir entre el sistema de fijación en lista y el de fijación en los bienes mismos, según la reglamentación de la autoridad competente"*.

4.3. Ilegalidad de la NUC.

Sin embargo, en Colombia no es posible hacer efectiva la FUP a través de la aplicación una Negativa Unilateral a Contratar (a la cual nos referiremos también como NUC), como sucede en los EUA bajo la regla del caso Colgate, debido a que el numeral 3° del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, de manera específica prohíbe la NUC como retaliación a la política de precios. La norma citada dice textualmente lo siguiente:

Decreto 2.153 de 1992. ARTICULO 48.- "ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

"..."

"3. 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." (El subrayado es nuestro).

Debido a lo anterior, cuando un fabricante o distribuidor mayorista realice una FUP en el mercado, su red de distribución está obligada a respetar dicho precio en sus ventas al público, so pena de incurrir en las sanciones que la propia Ley 155 de 1959 establecía para los casos de competencia desleal.

Como se explicó atrás, el fabricante o mayorista no puede aplicar "por mano propia" el precio unilateralmente fijado mediante la NUC, ya que el principio de la regla Colgate Norteamericana ha sido abolido por el numeral 3° del artículo 48 del Decreto 2.153 de 1992, el cual califica como práctica restrictiva de carácter unilateral a la NUC y la prohíbe.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el evento de incumplimiento de la FUP por parte de los comercializadores, la alternativa del fabricante o mayorista, es la de denunciar el incumplimiento ante la SIC, por violación del artículo 9° de la Ley 155 de 1959.¹⁶

4.4. Vigencia del Artículo 9° de la Ley 155 de 1959.

Mucho se ha discutido sobre la vigencia del artículo 9° de la Ley 155 de 1959. Tanto la Superintendencia de Industria y Comercio, como algunos doctrinantes han sostenido que fue derogado por el Código de Comercio o por la Ley 256 de 1996¹⁷. En nuestra opinión, la mencionada norma jurídica se encuentra vigente por los siguientes motivos:

La Ley 155 de 1959 consideraba a la competencia desleal como una forma de prácticas restrictivas de la competencia, ya que trató ambos temas dentro del mismo cuerpo sin distinciones de ninguna naturaleza.¹⁸

16 A pesar de lo anterior, existen doctrinantes que consideran, con base en la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos y de la Unión Europea, que la Negativa Unilateral a Contratar (o a hacer suministros), es lícita en Colombia, siempre que exista una “justificación objetiva” para ello, como por ejemplo, cuando se viola una disposición legal, tal como el Artículo 9° de la Ley 155 de 1959, en relación con el respeto que deben guardar los distribuidores a los precios máximos al público fijados por el productor. De tal manera que armonizando el contenido del Artículo 9° de la Ley 155 de 1959, que obliga a los distribuidores a respetar los precios establecidos por el productor, con las normas de protección al consumidor, se podría concluir que cuando el proveedor o expendedor venda por encima del precio máximo al público fijado por el productor, se habrá producido una violación de la ley y ello constituiría una “justificación objetiva” para que el productor se niegue a contratar o a continuar con el suministro a tal distribuidor. De otra parte, aún cuando la Negativa Unilateral a Contratar no viole ninguna ley, pero genere efectos pro - competitivos en el mercado, como la fijación de precios máximos al público, ello no constituiría una práctica restrictiva, toda vez que la finalidad de la Fijación Unilateral de Precios Máximos en ese caso, es precisamente la de beneficiar al consumidor. Así pues, no debe entenderse que cuando un productor se niega a suministrar producto a un distribuidor que ha incumplido con su política de precios, vendiendo por encima del precio máximo fijado, se está bajo la prohibición contenida en el numeral 3° del Artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en razón a que tal conducta no constituye una retaliación por la política de fijación de precios, sino que es la consecuencia del incumplimiento de una norma legal o de una política que beneficia al consumidor, por los efectos procompetitivos que genera en el mercado. Según esta teoría, en Colombia, en algunos casos, sería posible hacer efectiva la Fijación Unilateral de Precios Máximos a través de la aplicación de la Negativa Unilateral a Contratar. En este momento no es clara la posición que la SIC adoptará en relación con este punto.

17 En este sentido se ha pronunciado la SIC en varias oportunidades, entre ellas al contestar una consulta, mediante oficio radicado bajo el número 98073466, en la cual expresó que “Debe anotarse que, al tenor del artículo 2033 del código de comercio, el artículo 9 de la ley 155 de 1959 quedó derogado con la expedición de ese código.” Por su parte, el doctor Delio Gómez Leyva, en su obra “DE LAS RESTRICCIONES, DEL ABUSO Y DE LA DESLEALTAD EN LA COMPETENCIA ECONOMICA”, manifiesta en relación con el artículo 9° de la Ley 155 de 1959, que “Sin embargo, la precitada norma que, ciertamente constituía una excepción al contenido del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 ha de entenderse insubsistente por ser incompatible con lo dispuesto en norma especial posterior, como lo es el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que consagra lo siguiente como acto contrario a la libre competencia:

‘3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar contra la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios’

Se observa que en tanto la Ley 155 califica como cocompetencia desleal el vender a un precio distinto al señalado, el Decreto 2153 de 1992 califica la sanción a tal acto, como contrario a la libre competencia; existe, por tanto, contrariedad en los textos legales.” Página 234.

18 En efecto, el encabezamiento de la Ley 155 de 1959 dice textualmente así: “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

Con la expedición del Código de Comercio quedaron derogados tácitamente los artículos 10 y 11 de la Ley 155 de 1959 que contenían la definición y enumeración de las prácticas de competencia desleal, como prácticas restrictivas de la competencia.

El Consejo de Estado, en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del día 24 de Mayo de 1989, se pronunció sobre el tema de la legislación aplicable a las prácticas restrictivas de la competencia y a la competencia desleal. En dicha oportunidad, aunque el Consejo de Estado no brindó mayor claridad sobre la naturaleza jurídica y las relaciones ontológicas entre ambas categorías, sí precisó que al tema de las prácticas restrictivas de la competencia le era aplicable la Ley 155 de 1959, mientras que a la competencia desleal solamente se le aplicaban los artículos pertinentes (75 a 77) del Código de Comercio.¹⁹

La anterior solución resultó confirmada por la Ley 256 de 1996, la cual derogó en forma expresa el artículo 10 de la Ley 155 de 1959 y los artículos 75 a 77 del Código de Comercio.²⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que aunque el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 establece para los vendedores minoristas la obligación de respetar la FUP "*...sopena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.*", ello no quiere decir que la práctica de desconocimiento del FUP sea una práctica de competencia desleal, ya que dichas prácticas en la Ley 155 de 1959 se encontraban enumeradas en el artículo 11.

Adicionalmente, para la Ley 155 como ya lo dijimos, todas las conductas descritas en su articulado son prácticas restrictivas de la competencia. Posteriormente, con la expedición del Código de Comercio y de la Ley 256 de 1996, la materia de la competencia desleal adquirió total autonomía, de tal manera que entre las dos clases de

¹⁹ En su parte relevante el concepto del Consejo de Estado dice lo siguiente:

"El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere el criterio distintivo de las prácticas de competencia desleal.

Aunque todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva, el régimen autónomo de aquella, incorporado al Código de Comercio, previene conflictos de aplicación frente a la Ley 155 de 1959 y delimita el ámbito de esta, así no logre extraerse de sus normas un criterio unificado sobre prácticas comerciales restrictivas.

El riesgo de distinguir actos específicos de las prácticas comerciales restrictivas, lo sortea el legislador con una fórmula general para efectos de su represión, puesto que dichos casos desbordan la capacidad previsiva de la ley. De ahí que la Sala concluya sus consideraciones reiterando la autonomía del régimen del Código de Comercio y su aplicación prevalente e integral en materia de competencia desleal y la autonomía del régimen de la Ley 155 de 1959 en materia de otras prácticas comerciales restrictivas aunque por sus efectos impliquen competencia desleal." (El subrayado es nuestro).

²⁰ Suponemos que los redactores de la Ley 256 de 1996 no quisieron incluir dentro de las derogatorias expresas el artículo 11 de la Ley 155 de 1959, por cuanto dicho artículo contiene el listado no taxativo de las conductas que se consideran como competencia desleal, además de las consideradas como tales "en las convenciones y tratados internacionales...". Seguramente, el legislador no quiso derogar de manera expresa una norma en la que se hace referencia a los convenios y tratados internacionales suscritos por Colombia.

prácticas existen numerosas diferencias relacionadas con el bien jurídico protegido, las autoridades competentes, el procedimiento, la legitimación activa en la causa, etc.²¹

Por lo tanto, en nuestra opinión, la conducta de violación de la FUP, constituye una práctica restrictiva de la competencia a la cual se le aplican las sanciones previstas para los casos de competencia desleal, que en la Ley 155 de 1959 eran las mismas sanciones que se aplicaban a las demás prácticas restrictivas de la competencia.

5. CONCLUSIONES.

En nuestra opinión, a pesar de las indicaciones parciales que la Superintendencia de Industria y Comercio ha dado en relación con este tema, en Colombia aún no se ha definido una línea doctrinaria o jurisprudencial sobre el tema de la Fijación Unilateral de Precios o la Sugerencia Unilateral de Precios.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales en los Estados Unidos de América y en la Unión Europea, concluimos que por el momento es posible establecer “**precios máximos sugeridos**” de reventa a través de las listas de precios o en el cuerpo mismo del producto, con lo cual se restaría fuerza a presunciones que llegue a establecer la Superintendencia de Industria y Comercio, sobre la base de la existencia de presuntos acuerdos para la fijación directa o indirecta de precios entre el fabricante y los distribuidores.

21 Al respecto puede consultarse la opinión del doctor Gabriel Ibarra Pardo en el documento "Principales diferencias entre las prácticas restrictivas de comercio y las prácticas comerciales desleales ". Superintendencia de Industria y Comercio. Memorias del Seminario Internacional "Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional" Cartagena de Indias, Marzo de 1998. Página 405 y s.s.