



LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS BAJO LAS REGLAS DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN COLOMBIA

JAVIER ANDRÉS LOBO MEJÍA¹

RESUMEN

El presente artículo de reflexión trata acerca de la posibilidad de los franquiciantes de determinar los precios de los bienes y servicios que sus franquiciados pueden vender al consumidor final. En el presente texto el lector podrá encontrar un análisis de la figura general de la fijación unilateral de precios para luego situarse en su aplicación dentro del marco del contrato de franquicia, sus implicaciones e importancia. El análisis se sitúa territorialmente en Colombia, no obstante se hacen algunas referencias al derecho *antitrust* norteamericano y al derecho de la competencia en la Unión Europea.

1 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Diplomado en Gerencia de Franquicias de la Escuela de Ingenieros Julio Garavito. Candidato a Master en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana. Actualmente es Socio Director de la firma LBX Consultores & Franquicias SAS y asesor en las diversas áreas del derecho de la empresa, especialmente en materia de Derecho Corporativo y estructuración de negocios. Carrera 14 No. 76 – 26 Ofc 408 Bogotá, Colombia Contacto: gerencia@lboxconsultores.com

Palabras clave: fijación unilateral de precios; contrato de franquicia; prohibición general; libertad económica; autonomía de la voluntad privada; regla per se; regla de la razón; competencia intra-marca; competencia intermarca; restricciones verticales; precio de reventa.

RESALE PRICE MAINTENANCE UNDER THE COMPETITION RULES IN THE FRANCHISE AGREEMENT IN COLOMBIA

ABSTRACT

The current reflection article is about the possibility of the franchisors to set the price of goods and services to which the franchisees can sell its products to final consumers. In this paper the reader will find an analysis of the implications and importance regarding the resale price maintenance and its application under a franchise agreement. This investigation will take place under Colombian law, although, there will be some references to the American antitrust law and the European competition law.

Key words: *resale price maintenance; franchise agreement; general prohibition; free market; Freedom of Contract; per se rule; rule of reason; intra-brand competition; inter brand competition; vertical restrictions.*

INTRODUCCIÓN

La franquicia es un modelo de negocio en auge y crecimiento constante en Colombia que apoya el desarrollo económico del país, pues por un lado favorece a los consumidores al tener acceso a bienes y servicios de marca, trayectoria y calidad, y por el otro promueve el emprendimiento, la generación de empleo y la inversión de recursos en la economía.

Desde la perspectiva del empresario, otorgar franquicias le permite a las compañías crecer con mayor agilidad y financiar dicho crecimiento en cierta parte con recursos de terceros, razón por la cual es considerado como un sistema de mercadotecnia que hace posible a su propietario expandirse en mercados y a un ritmo que de otra manera no sería posible alcanzar².

En la actualidad operan bajo el modelo de franquicia alrededor de 580 marcas en Colombia, de las cuales el cincuenta y dos por ciento (52%) aproximadamente, son extranjeras, cuyos países de mayor participación son EE.UU., España, México y Brasil. Se considera que en Colombia se encuentran establecidas más de 8900 unidades de franquicias, distribuidas en varios sectores y subsectores dentro de los que se destacan: Comercio al detal, el treinta y ocho por ciento (38%); Restaurantes, el treinta y seis por ciento (36%); Belleza, salud, educación y servicios, el otro veintiséis por ciento (26%), aproximadamente³. Las franquicias en Colombia se han duplicado en los últimos diez años, gracias a la mayor comprensión y aceptación del concepto de franquicia, y la mejora en la percepción internacional del entorno empresarial debido a la entrada en vigor de los acuerdos de libre comercio⁴.

Sin embargo, para que este esquema de negocio se pueda desarrollar plenamente en Colombia se requiere de un importante grado de seguridad jurídica que les permita a los titulares de las marcas y negocios establecer sus franquicias con la garantía de tener mecanismos para proteger el *saber hacer* que han construido y que pretenden replicar.

2 Raab, Steven R.S & Matusky, Gregory M.G. Franquicias Cómo multiplicar su negocio. Pág. 14. Ed., Limusa. (2005).

3 Delgado, Henry D.H. *El negocio de las franquicias sigue creciendo en el país*. El País Junio 15, 2015

4 U.S. Department of Commerce International Trade Administration. 2016 Top Markets Report Franchising Country Case Study. http://trade.gov/topmarkets/pdf/Franchising_Colombia.pdf (13 Julio, 2016)

Hemos vivido en un contexto donde la autoridad en materia de la competencia en Colombia, esto es, la Superintendencia de Industria y Comercio ha tenido distintas posiciones respecto de la práctica de fijación unilateral de precios⁵. Inicialmente prohibiendo y sancionando por considerar ilegal toda conducta o acuerdo en virtud del cual el franquiciante determine a qué precio debe un franquiciado comercializar al consumidor final sus productos o servicios, para posteriormente tras el análisis de la evolución internacional en la materia, reconocer y aceptar la posibilidad de efectos pro competitivos en la fijación unilateral de precios⁶.

A partir de la posición inicial de la Superintendencia, la cual ha sido temporalmente mucho más prolongada que la reciente, los titulares de las marcas y negocios que optaron por desarrollarse en Colombia bajo el modelo de franquicia, no podían obligar, sancionar ni controlar los precios de los productos y servicios que comercializaban al consumidor final sus franquiciados, lo que daba lugar a que estos últimos tuvieran plena autonomía y libertad de decidir a su arbitrio a qué precios comercializar al consumidor final.

Bajo esa realidad los empresarios han tenido que usar todo tipo de estrategias jurídicas, distintas del incumplimiento mismo del contrato de franquicia, para manejar y mitigar dicha libertad de precios en cabeza de los franquiciados, en aras de evitar o minimizar una afectación de la marca, del saber hacer que se transfiriere al franquiciado y hasta del consumidor final.

Si bien desde el punto de vista de la libertad de mercado, el precio de un producto o servicio debe ser determinado, en principio, por el libre juego de la oferta y la demanda, todo bien o servi-

5 Figura también conocida como “mantenimiento de precios de reventa” por su expresión en inglés: *Resale price maintenance*. *Expresiones que se usaran indistintamente como sinónimos en el presente texto.*

6 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 48092 (13 de Agosto, 2012).

cio que se exponga al público tiene un valor que debió asumir su productor, distribuidor, comercializador, entre otros actores, que pretende ser recuperado (costo de producto) buscando que con la transacción del mismo se genere un beneficio económico; en otras palabras: será el productor en términos generales quien determine el precio con que habrá de ofrecer sus productos o servicios, para lo cual tendrá en cuenta la estructura de costos y los márgenes de utilidad que pretende obtener, en donde los primeros corresponden a los factores de producción que deben asignarse para la elaboración del respectivo bien o prestación del servicio, tales como: insumos, mano de obra, capital humano y tecnológico, etc., en tanto que los segundos, esto es, los márgenes de utilidad, están determinados por las políticas internas de cada empresa que a su vez consideran el entorno económico del respectivo mercado y en general del lugar en que estén operando⁷.

Sin duda en una economía de mercado, el éxito en las ventas de los bienes y servicios depende en gran medida de su calidad, la atención al cliente, las estrategias de mercadeo, no obstante, ninguna de ellas puede pervivir y hacer del bien o servicio un producto exitoso, si no se tiene en cuenta el factor precio, pues este sin duda es uno de los criterios de decisión que el consumidor aplica para la adquisición o consumo de productos en un mercado competitivo.

En este escenario usualmente una empresa se enfrenta a dos opciones básicas, de un lado, reducir sus costos entendiendo que los precios los fija libremente el mercado y no puede incidir en forma alguna en ellos, y/o de otro, puede maximizar la satisfacción del consumidor obteniendo beneficios por encima de su sector⁸.

7 Superintendencia De Industria Y Comercio SIC. Rad. 00030176 y 00033102 (12 de Junio de 2000).

8 Rojas, Francisco Abascal RFA. Consumidor, Clientela y Distribución para la Economía del Futuro. Pág. 39. Ed., Esic. (2002).

En muchas ocasiones el precio del bien o servicio es simplemente una medida a través de la cual estos se mueven en el mercado, sin embargo, en muchas otras el precio es un elemento distintivo y esencial del producto ofrecido.

Es a partir de dicha circunstancia que el presente texto busca analizar de qué manera la fijación unilateral de precios en el Contrato de Franquicia en Colombia afecta la libre competencia, y en ese orden de ideas determinar la posibilidad legítima del franquiciante de fijar unilateralmente los precios con que va a incursionar sus productos en el mercado.

Si bien es cierto que la práctica de fijación unilateral de precios tiene muchos matices, y podrían variar dependiendo de la circunstancia y del sujeto que la realiza, en el presente texto la referencia se hará principalmente al papel del franquiciante como parte activa e interesada en la protección de su negocio, en el marco de sus derechos constitucionales a la libre empresa, la iniciativa privada y la libre competencia económica.

I. EL PRECIO DE PRODUCTOS Y/O SERVICIOS EN LA FRANQUICIA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL KNOW HOW

La Franquicia en nuestros días se reconoce como un sistema de comercialización de productos y servicios⁹ cada vez más importante en el mercado, en la medida que los empresarios han encontrado en ella una forma adecuada para estructurar cadenas de distribución que tengan un mayor y más pronto impacto en sus consumidores finales, y como consecuencia de lo anterior, lograr incrementar sus ventas¹⁰.

9 Arrubla Paucar, Jaime APJ. Contratos mercantiles. p. Ed., Biblioteca Jurídica Dike. (2006)

10 Roitman, Horacio RH “Franquicia. La ley modelo de Unidroit” disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf> (15 de Septiembre, 2015)

Sistemas tradicionales de distribución de bienes y servicios han tenido que evolucionar para pasar de una integración total en la que se fabricaba el producto y la misma empresa o través de subsidiarias, lo distribuían, comercializaban y prestaban servicios posteriores a la venta, con sus propios recursos y asumiendo la totalidad de los riesgos de dichas actividades, así como la administración operación y control de los mismos con todo lo que ello implica, para pasar hacia una descentralización o desintegración vertical en la cual terceros independientes actúan en el mercado en esas diferentes fases¹¹; evolución que desde el derecho de los negocios se ha desarrollado a partir del contrato de distribución exclusiva, luego el de concesión comercial, y por último el de la franquicia¹².

No obstante sus ventajas, la franquicia ha sido el producto de tinos y desatinos en el mundo, tanto en el ámbito comercial o empresarial como en lo jurídico, y en definitiva el producto de la visión económica que se adopta con ocasión de unas normas que se crean¹³. Países como Bélgica, Francia, Italia y España tienen un régimen legal al respecto, contrario a lo que ocurre en Colombia en donde la franquicia es un negocio jurídico atípico y con un marco jurídico muy reducido, o casi inexistente¹⁴.

Como consecuencia de lo anterior en Colombia no existe una definición del contrato de franquicia de origen legal, por lo que se pueden encontrar múltiples definiciones principalmente construi-

11 Marzorati, Osvaldo J MOJ. *Sistemas de Distribución Comercial*. Pág. 223. Ed., Astrea. (2008)

12 *Ibidem*. p. 224. El autor en todo caso precisa que a pesar de que el contrato de distribución exclusiva, el de concesión comercial y el de franquicia son afines, constituyen institutos jurídicos diferentes.

13 Navas, Maria Fernanda NMF & Moreno Mosquera, Andrés MMA. *El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*. Vniversitas. Julio a Diciembre 2009. At.281.

14 *Ibidem*, Pág. 81.

das por la doctrina, y que se estructuran dependiendo del punto de vista o enfoque del autor¹⁵, incluso en el derecho comparado no hay consenso sobre su concepto¹⁶, la definiciones jurídicas no son uniformes frente a las categorizaciones o descripciones económicas¹⁷.

En contraste, hay consenso más o menos generalizado respecto de dos de sus elementos esenciales: la licencia de uso de marcas y la transmisión del saber hacer o *Know How* del negocio a franquiciar, segundo aspecto sobre el cual se centra este acápite.

El *Know how* es una característica esencial o principal de la franquicia, toda vez que la transmisión o comunicación del mismo de parte del franquiciante al franquiciado para que este lo desarrolle, es el eje, en conjunto con la posibilidad de explotar la marca, lo que identifica e individualiza la franquicia, aunado a que la transmisión del “saber hacer” es un derecho del franquiciado y correlativamente una obligación principal del franquiciante¹⁸.

El Código Deontológico Europeo de la Franquicia describe el “saber hacer” como un conjunto de informaciones prácticas, resultantes de la experiencia del Franquiciador y probadas por él, siendo este saber hacer secreto y sustancial¹⁹. En nuestro orde-

15 Plazas Estepa, Rodrigo Alberto Pera. *El Contrato de Franquicia, du Evolución y su Injerencia en el Desarrollo Económico Colombiano*. Revista Republicana. Enero a Junio 2010. At. 83.

16 Op. Cit. Marzorati, Osvaldo J Moj. Pág. 222.

17 Braun, Ernest. A. Bea. Policy Issues of Franchising. Ed., UL Rev. (1983)

18 Lázaro Sánchez, Emilio J LSAJ. *El contrato de franquicia (aspectos básicos)*. Anales de Derecho. Año 2000. At. 91-116.

19 Esta descripción del “saber hacer” se presenta con base en una definición de la franquicia que hace el Código en los siguientes términos: <<La franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios, y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes, el franquiciador y sus franquiciados individuales, en la cual el franquiciador otorga a sus franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del franquiciador. El derecho otorgado autoriza y obliga al franquiciado, a cambio de una contribución

namiento jurídico ese *know how* está regulado como un secreto empresarial a la luz del artículo 260 de la Decisión 486 de 2000²⁰, lo que lo convierte, por ende, en original, protegible y durable²¹.

En ese marco el precio de los productos y servicios que comercializa una compañía a través de un sistema de franquicias y que terminan en el consumidor final, es un elemento integrante y fundamental dentro del “*know How*” de la compañía franquiciante, pues estas estructuran su saber hacer no solo con base en un conjunto de conocimientos técnicos o comerciales que suelen plasmar por escrito en manuales que se le entregan al franquiciado²², sino en las marcas que los distinguen en el mercado y que tienen entre otras una función distintiva, en el sentido de permitir la singularización e identificación de los productos y servicios que circulan en diferentes mercados, de tal manera que el consumidor final sepa las características e incluso el nivel de precio que tiene tal mercancía o servicio²³.

financiera directa o indirecta a utilizar el distintivo y/o marca de productos y/o servicios, el <<saber hacer>> y demás derechos de propiedad intelectual, sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de franquicia escrito, pactado por las partes, a tal efecto>>.

- 20 **Artículo 260.-** Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea: a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva; b) tenga un valor comercial por ser secreta; y c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

21 Op. Cit. Plazas Estepa, Rodrigo Alberto Pera. Pág. 84

22 Op.cit. Lázaro Sánchez, Emilio J LSEJ. Pág. 105

23 Sierralta Ríos, Anibal SRA. *Contratación Internacional de marcas, patentes y Know-how*. Vniversitas. 2004. At. 414.

Desde el punto de vista económico, las marcas dotan de información al mercado permitiendo que los consumidores puedan adoptar decisiones de consumo eficientes. De hecho, desde una perspectiva económica:

el valor de una marca es el ahorro en los costos de búsqueda que se genera gracias a la información o reputación que la misma puede dirigir o incorporar respecto al producto [...] una vez que se crea la reputación, la empresa obtendrá mejores ganancias porque las compras reiteradas y las referencias de terceros generarán mayores ventas y porque los consumidores estarán dispuestos a pagar precios más altos a cambio de menores costos de búsqueda y mayor seguridad en la obtención de una calidad constante²⁴;

La calidad constante es el producto de un *know how* práctico, probado, original, específico y de desarrollo constante otorgado por la franquicia²⁵.

Por vía de ejemplo en cuanto a las famosas franquicias comerciales de alimentos, resulta ajustado citar un argumento banal pero palmario al respecto: el consumidor final reconoce una hamburguesa “*Big mac*” de la franquicia Internacional McDonald’s²⁶ a un precio bajo no mayor a diez dólares en cualquier parte del mundo, ello en razón a que su precio hace parte de todo el saber de dicho sistema de franquicia.

24 Landes, William M. Lwm & Posner, Richard PR. *Trademark law: an economic perspective*. The Journal of Law & Economics. October 1987.

25 Op. Cit. Marzorati, Osvaldo J MOJ. Pág. 276

26 Esta compañía ha sido considerada como el líder indiscutible del negocio de la franquicia, para el año 2005 con más de 30.000 unidades en todo el mundo y ventas anuales superiores a los \$44 millones de dólares, abriendo un establecimiento nuevo cada doce horas. RAAB, Steven S. Ras & Matusky, Gregory Mg. *Franquicias Cómo multiplicar su negocio*. Pág. 30. Ed., Limusa. (2005).

II. LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS EN EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN COLOMBIA

Colombia ha estructurado un sistema de economía de mercado competitivo, en el que el precio y los demás indicadores de productividad y rentabilidad deben conservarse libres de distorsiones²⁷. Todo lo cual se fundamenta en desarrollo de los derechos constitucionales a la libre empresa, la libre competencia económica²⁸ y la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963²⁹ y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, como de la guía interpretativa que brinda el artículo 3 de la ley 1340 de 2009.

Dentro de este marco, el Estado tiene la obligación de establecer y garantizar las condiciones necesarias que permitan el efectivo desarrollo de estos postulados constitucionales y legales, impidiendo que se obstruya o restrinja la libertad económica.

Un escenario de libre mercado se estructura sobre la independencia de las decisiones empresariales, de modo que los precios deben ser el resultado de múltiples factores que interactúan con diversas fuerzas y direcciones, por lo que dichas consideraciones deben ser las propias y no unas ajenas, ya que la injerencia factores sugeridos distintos al funcionamiento mismo del mercado o a las políticas propias en la decisión de un agente de

27 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Conceptos rad 00030176 y 00033102 de 2000.

28 Constitución Política De Colombia [Const]. Art. 333. Julio 7 de 1991 (Colombia).

29 *Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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. 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.*

asignar sus precios, evidencian en términos generales una intrusión indebida.

Para mayor concreción en el análisis de la fijación unilateral de precios en Colombia en el marco del contrato de franquicia, y dado que es una figura que opera en toda relación vertical de mercado³⁰ como se expondrá más adelante, se presentará a continuación las dos posturas contrapuestas respecto a la legalidad del concepto general de la fijación unilateral de precios en Colombia.

2.1 LA ILEGALIDAD DE LA FIJACIÓN UDE PRECIOS EN COLOMBIA

El artículo 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, señala como contrarios a la libre competencia, los acuerdos que tengan como efecto u objeto la fijación directa o indirecta de precios. En el mismo sentido, el artículo 48 numeral 2 del mismo Decreto señala como contrarios a la libre competencia, los actos mediante los cuales se inflencie a una empresa para que incremente sus precios o desista de su intención de rebajarlos.

En este aspecto hay que señalar que la norma (artículo 47 del Decreto 2153) no distingue si el acuerdo es de carácter vertical «cuando se realiza entre quienes intervienen en un mismo proceso productivo pero en diferentes instancias, como por ejemplo, entre el productor y sus distribuidores³¹» caso en el cual efectivamente estaríamos es en la figura de la fijación unilateral de precios³², u horizontal «aquellos celebrados por quienes compiten

30 Las relaciones verticales hacen alusión a las prácticas comerciales entre agentes que se encuentran en eslabones diferentes de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio. Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 16562 Abril 14, 2015. Pág. 18.

31 Superintendencia De Industria Y Comercio SIC. Concepto Rad. 01082559 (23 de octubre, 2001).

32 La fijación unilateral de precios podría definirse como el acto mediante el cual

en una misma fase productiva, sea como productores o como distribuidores³³» este presupuesto si relativo a un acuerdo de precios en estricto sentido.

Sin embargo, la interpretación sistemática y finalista del artículo permite destacar que al no precisar qué clase de acuerdo, está determinando a ambos como ilegales. Sobre este último punto la Superintendencia de Industria y Comercio, inicialmente había sostenido que para este tipo de conductas se aplicaba el sistema de análisis, proveniente del ordenamiento antimonopolístico norteamericano, denominado *regla per se*, que es un sistema que se utiliza para estudiar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se consideraba que eran siempre ilegales³⁴. Dicha regla de análisis tenía un carácter estricto y equivalía en el derecho colombiano a una presunción de derecho³⁵.

Es así como históricamente en Colombia la prohibición absoluta de la fijación unilateral de precios o también conocida como fijación de precios de reventa, había sido un patrón claro de actuación de la autoridad la competencia, bien sea en aplicación del artículo 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992, o por aplicación del artículo 48 numeral 2 del mismo Decreto, en virtud del cual

un actor del mercado en un nivel verticalmente superior determina el precio, o el rango de precio en el que sus bienes o servicios van a incursionar en el mercado.

33 Op.cit. Concepto. Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Rad. 01082559.

34 Miranda Londoño, Alfonso MLA. Ponencia presentada dentro del Seminario Titulado “Hacia Un Nuevo Régimen de Promoción de La Competencia”, celebrado entre los días 7 y 8 de Septiembre de 1992 en la Cámara de Comercio de Bogotá, organizado por el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento Nacional de Planeación, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Cámara de Comercio de Bogotá. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-usa-aml.pdf> (12 Junio, 2015)

35 *Ibidem*.

por ejemplo sancionó a la Asociación de Distribuidores Minoristas de Combustibles y Derivados del Petróleo de Nariño – ADI-CONAR- al determinar que ésta logro influenciar a sus asociados por medio de boletines, respecto de los precios que debía cobrar por la venta de combustible corriente, ACPM y Extra desde el año 1999 hasta el 2001, con lo que considero resultaba violatorio a la libre competencia en tanto que el precio no fue el producto de las fluctuaciones del mercado, sino de tal influencia y por ende el precio como elemento de favorecimiento de la clientela, perdía su razón de ser³⁶.

En el caso citado la ilegalidad *per se* en la conducta de “influnciar” se describía como un verbo rector relativo a alterar, variar o siquiera incidir en el monto del precio que se pretendía cobrar, ya sea para aumentarlo o disminuirlo; lo que por consiguiente no requería que se configurara un resultado, ni mucho menos un detrimento o perjuicio, ni siquiera una respuesta positiva del influenciado para catalogar la conducta como anticompetitiva³⁷.

En esa misma línea en otro caso la Superintendencia de Industria y Comercio sanciona a la empresa GABRICA LTDA³⁸, por haber influenciado a unos de sus clientes distribuidores para que incrementaran el precio al consumidor final de los productos que estaba ofreciendo, por cuanto no estaban aprovechando todo el descuento que se les daba por producto, sino solo una parte de él, para efectos de trasladarla al cliente final y vender a menor precio, lo que causo inconformidad con los demás clientes distribuidores de los productos³⁹.

36 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 25420 (20 de Agosto, 2002).

37 *Ibidem*.

38 Importadora y comercializadora de productos veterinarios.

39 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 8310 (28 de Marzo, 2003).

Esta tesis ha sido incluso reiterada por el Consejo de Estado en el año 2009, al confirmar la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por la sociedad Sucesores de José Jesús Restrepo & Cía. S.A.-Casa Luker y otros, contra la Resolución 8231 de 21 de marzo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se impone una sanción al demandante, por influenciar a la sociedad MAKRO DE COLOMBIA S.A. por no trasladarle al cliente final el descuento del valor del Aceite Gourmet 5.000 c.c. que le confería a ésta, al considerar esta conducta una limitante a la libre competencia, pues correspondió a una intromisión indebida en la libertad de precios de la empresa influenciada, precisando que la acción que se predica exclusivamente del sujeto activo, pues la norma no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva de la empresa influenciada, *“ya que de haber sido esa la voluntad del legislador, entonces, la norma en estudio habría incluido tal supuesto como si lo hace en otras disposiciones del Decreto 2153 de 1992, al referirse al “efecto” de la conducta”*⁴⁰, reafirmando que la adecuada interpretación del verbo rector del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 es que se dé la influencia sin determinar su efecto, para que se considere tipificada la conducta restrictiva de la competencia⁴¹.

Así las cosas resulta necesario diferenciar el tratamiento que se le da a la fijación unilateral de precio respecto a las dos normas aplicables. De un lado frente a la aplicación del numeral 2 del Artículo 48 de Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento unilateral de un agente (sujeto activo), que debe te-

40 Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Primera, Proceso 25000-23-24-000-2001-01261-01 (C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; Noviembre 19 de 2009).

41 Ibidem.

ner una relación con otro (sujeto pasivo)⁴², no siendo necesaria la independencia entre los mismos⁴³, en el que el sujeto activo tenga alguna grado de influencia relevante en el mercado⁴⁴ y despliegue un acto de influenciación sobre el sujeto pasivo para que incremente los precios o desista de su intención de rebajarlos, sin necesidad de que se logre el resultado, y de otra la aplicación del numeral 1 del artículo 47 del mismo Decreto, en el que a diferencia de la conducta anterior, supone la participación de dos o más agentes en el mercado, que compiten entre si, y establecen en forma consensuada el precio al cual ofrecerán sus productos o servicios, configurando lo comúnmente conocido como cartel⁴⁵.

A pesar de lo anterior es preciso señalar que según la Superintendencia de Industria y Comercio resulta ajustado a derecho sugerir precios, siempre y cuando no se violen las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, de forma tal que los expendedores y proveedores que participen en la cadena de distribución tengan la autonomía de fijar el precio que cobraran al cliente final, sin consenso al respecto, en el marco de la libertad de precios y en función de su estructura propia de costos y márgenes de utilidad⁴⁶.

Doctrinantes como Emilio José Archila, señalan que a la luz de las normas vigentes en el derecho colombiano, la fijación uni-

42 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 9727 (11 de Abril, 2003).

43 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 33141 (21 de Junio, 2011).

44 Op. Cit. Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 16562. Pág 17.

45 Un cartel busca el aumento de las utilidades a través del comportamiento cooperativo de los agentes involucrados, los cuales en un escenario competitivo, deberían tomar sus decisiones económicas de manera independiente. Tremblay, Victor Tv & Tremblay, Carol TC. *New perspectives on Industrial Organization*. Springer. Nueva York. Cap 9. At. 2016

46 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Concepto No. 99050593 (27 de Septiembre, 1999).

lateral de precios es ilegal y no puede dársele otro alcance o mirada a la misma, en tanto que la normas positivas y formales son claras en ese sentido, luego en virtud de la interpretación literal de la ley, consagrada en el artículo 27 del Código Civil y jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴⁷, respecto de que la interpretación de las disposiciones sobre competencia deben ser leídas bajo los parámetros de la Ley 153 de 1887 y el Código Civil, «Jurisprudencia obligatoria para los servidores del ejecutivo⁴⁸», no puede dársele una interpretación extensiva o diferente a la allí consignada⁴⁹.

2.2 LA LEGALIDAD DE LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS EN COLOMBIA

La práctica de fijación unilateral de precios a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, también ha sido considerada no contraria a las normas sobre la libre competencia, posición que ha sido planteada especialmente por parte importante de la doctrina, que se ha visto respaldada o validada en cierta medida, en pronunciamientos recientes de la Superintendencia de Industria y Comercio, como se expondrá a continuación.

Como se señaló anteriormente, la autoridad de la competencia en Colombia abordó la figura de la fijación unilateral de precios, bien sea entendiéndola como un acuerdo de precios en su sentido jurídico-formal del derecho civil, es decir, que si un

47 Tribunal Administrativo De Cundinamarca. Sección Primera. Proceso. 20060079001 (4 de Marzo, 2010).

48 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 539 de 2011. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Julio 6 de 2011). Sentencia C – 634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Agosto 24 de 2011). Sentencia C – 816 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo; Noviembre 1 de 2011).

49 De La Calle, Jose Miguel DCJM. *La Fijación de precios de reventa en Colombia*. Ámbito Jurídico. Septiembre 2, 2015. Comentarista Invitado: Emilio José Archila Peñalosa.

productor por ejemplo fijaba el precio en que un producto debía ser vendido por su distribuidor y éste lo aceptaba, se entendía que se generó una oferta y aceptación de la misma y por ende un contrato o acuerdo entre las partes⁵⁰, con lo cual se desconocía el campo conceptual donde se ubica este concepto, que es el derecho de la competencia, en donde lo que se busca censurar entre otras conductas, son los acuerdos para lograr un propósito ilícito de incrementar el precio de un producto por encima de los niveles competitivos, por lo que la expresión “acuerdo” en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no estaba dirigida a describir la forma de hacer dicho acto, sino la conducta de alcanzar el resultado de incrementar el precio supra competitivamente⁵¹; y por otro mediante la consideración de la conducta como un acto contrario a la libre competencia a la luz del numeral 2º del artículo 48 del Decreto 2153 por la simple posibilidad de influenciar el precio sin mediar resultado, no obstante, estos criterios han cambiado dando cabida a la posibilidad de la fijación unilateral de precios sin contrariar las reglas de la libre competencia en Colombia.

Partiendo de tal precisión, debemos señalar que la fijación unilateral de precios no es un mecanismo efectivo para elevar los precios del mercado a niveles supra-competitivos.

La anterior afirmación se fundamenta en:

- a) Si un productor fija unilateralmente los precios de un producto o servicio a sus distribuidores en un valor por encima de los precios de otros bienes y servicios «principalmente homogéneos» de sus competidores, en virtud de la reglas de la oferta y la demanda, el efecto de tal conducta es que el consumidor final se desplazará hacia los productos de los competidores,

50 Ibidem.

51 Lianos, Ioannis Li. *Collusion in vertical relations under article 81 EC*. Common Market Law Review 45. (2008). At. 1027-1077.

obligando a ese productor a regresar a los niveles de precios anteriores o salir del mercado. Hecho o conducta totalmente contraria si los que se unen son varios competidores «relación horizontal» y acuerdan ese incremento de precios (carteles), no dejándole alternativas al consumidor final sino pagar ese precio supra competitivo⁵².

- b) Si el mismo productor del ejemplo anterior no tuviere competidores⁵³, tiene diversos mecanismos lícitos para incrementar el precio de los bienes y servicios ejerciendo su posición dominante en el mercado, tales como vender directamente al consumidor final, integrarse verticalmente con distribuidores, o simplemente vender a precios más altos a los distribuidores, de modo que no es la fijación unilateral de precios la que genera la subida del precio indeseable, sino la ausencia de competencia intermarca dada en el nivel del productor⁵⁴.

Una conclusión palmaria en esta línea podría sintetizarse en:

No es posible considerar que un fabricante utilizaría la fijación unilateral de precios con el objeto de darle a sus distribuidores una utilidad o ganancia mayor de la que obtendría en un esquema de competencia, ya que dichas ganancias saldrían directamente de su bolsillo sin ninguna razón. El fabricante comparte con el consumidor el deseo de que la distribución se haga en la forma más eficiente y al más bajo costo. Esta es la razón por la cual las Cortes no necesitan dudar de los beneficios que trae la reducción en la competencia dentro de una misma marca, cuando está acompañada de un incremento en la competencia entre marcas diferentes. Está demostrado que cuando el fabricante toma este tipo de decisiones lo hace en una forma coherente con el bienestar del consumidor y ninguna Corte o autoridad es capaz de hacer una evaluación más certera de la que puede hacer un

52 *Ibidem*.

53 Ausencia de competencia inter marca o entre marcas.

54 Zuleta Londoño, Alberto. “La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 7 N° 7, 71-105, enero-diciembre 2011, Pág. 101.

comerciante que tiene mayor información, interés y conocimiento del mercado⁵⁵.

Con fortuna la Superintendencia de Industria y Comercio en tiempo reciente ha menguado y en cierta medida modificado su posición al respecto, reconociendo la evolución en el mundo en esta materia, de un lado distinguiendo o más bien reconociendo las diferencias de las conductas de carácter horizontal frente a las verticales encontrando estas últimas menos dañinas⁵⁶, y de otro aceptando la posibilidad de efectos pro competitivos en la fijación unilateral de precios⁵⁷.

En el año 2012 en una averiguación preliminar por la posible comisión de un acuerdo de precios o de influencia o fijación unilateral de precios entre importadores y grandes superficies del mercado como Éxito, Ktronix, Falabella, Alkosto y Carrefour, respecto de la comercialización de una referencia de Televisor de la marca Sony, la autoridad de la competencia en Colombia decidió archivar la investigación y para tal fin determinó que la fijación unilateral de precios puede traer efectos tanto anticompetitivos como pro competitivos teniendo que ser analizado caso por caso⁵⁸, abandonando el tratamiento estático y limitado al tenor literal de la norma que se le ha dado a la regla *per se* en Colombia, la cual no había tenido ninguna consideración sobre posibles efectos, importancia o si generaban eficiencias en el mercado⁵⁹.

55 Miranda Londoño, Alfonso MLA. *Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados*. Contexto Universidad Externado. 1998. At. 31.

56 Superintendencia De Industria Y Comercio Sic. Resolución 48092 (13 De Agosto, 2012).

57 *Ibidem*

58 *Ibidem*.

59 Uribe Piedrahita, Carlos Andrés UPCA. ¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla *per se*? el caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado. *Vniversitas*, Julio – Diciembre 2006. At. 168.

En esta misma línea en Junio de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio, en un pronunciamiento audaz y de avanzada emitió la Resolución 40598 de 2014 en donde se pronunció nuevamente respecto de la fijación unilateral de precios, en ese caso frente al Gas Natural Vehicular Comprimido –GNVC– por parte de Terpel específicamente en una relación de franquicia bajo la marca GAZEL, en donde además de reconocer las posibles eficiencias de las restricciones verticales derivadas de una fijación unilateral de precios, determina la legalidad o permisividad de la fijación de precios de reventa máximos y señala frente a la fijación de precios mínimos y fijos en las relaciones verticales, que debe analizarse caso por caso, presumiendo mayor riesgo de efectos anticompetitivos si dicha fijación la efectúa un agente de mercado con una participación considerable o con posición dominante.

Recientemente en Abril de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio al imponer unas sanciones a la Organización Roa Florhuila SA, por incurrir en una práctica restrictiva de la competencia al fijar unos precios mínimos a sus clientes comercializadores de arroz blanco, so pena de interrumpir la relación comercial y otras sanciones, con el fin de lograr que los descuentos otorgados a éstos fuesen tomados como una mayor rentabilidad por la venta del producto, e impedir así que se aplicaran directamente al precio que se daba al consumidor final, determinó que los efectos de las restricciones verticales⁶⁰ pueden ser de tres categorías: anticompetitivos, neutrales o incluso pro competitivos, estos últimos relativos a incrementar los niveles de eficiencia que permiten a un vendedor y un comprador reducir costos de

60 *Acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.* Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comunidad Europea. Diario Oficial de la Unión Europea. 2010/C 130/01. Consultado el: 15 de Enero de 2016 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>

transacción, optimizar los niveles de inversión y eliminar distorsiones de precios que pueden surgir y afectar al consumidor⁶¹.

En suma, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio reconoce expresamente que no todo acuerdo vertical que involucre la fijación de precio aguas abajo, es por sí mismo ilegal⁶², los eventuales investigados tendrán que demostrar la suficiencia de las razones de eficiencia para contrarrestar la restricción.

2.3 LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

Tanto la doctrina como la autoridad de la competencia en Colombia, han fundamentado sus posiciones respecto a la fijación unilateral de precios en lo acontecido en la materia en el derecho *antitrust* norteamericano y en el régimen de competencia de la Unión Europea, por lo que a pesar de ser un tema extenso que amerita una investigación propia, a continuación destacaré algunos de los referentes más destacados en estas dos latitudes al respecto.

2.3.1 *La fijación unilateral de precios en Estados Unidos*

El derecho antitrust norteamericano a través de los pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha sentado bases fundamentales al respecto, partiendo inicialmente de la interpretación literal de la Sección 1 del *Sherman Act* de 1890, en virtud de la cual no solo estaban prohibidas las restricciones irrazonables, sino todas las restricciones al comercio⁶³.

61 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 16562 (14 de Abril, 2015).

62 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 76724 (16 de Diciembre, 2014).

63 Supreme Court of The United States. *Shawnee Compress Co. v. Anderson* 209 U.S. 423, 432, (1908)

En esa línea en 1911 la Corte Suprema de los Estados Unidos al fallar respecto de un caso de fijación de precios mínimos, determinó que las restricciones verticales relativas a la fijación de precios, se les debe dar el mismo tratamiento que un acuerdo horizontal, siendo en ambos casos ilegales *per se*, ya que el público tiene el derecho de beneficiarse de la competencia entre los distribuidores o revendedores del mismo producto⁶⁴.

Unos años más adelante se estableció una excepción a la determinación anterior citada, en tanto que la Corte permitió que un productor no monopolista pudiese negarse a venderle un producto a sus distribuidores, sino seguían el precio que unilateral y anticipadamente éste había fijado⁶⁵. En este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos permitió esta restricción, debido a que consideró que no se había dado un pacto entre las partes respecto de la fijación del precio y por lo tanto no había una violación a la ley Sherman⁶⁶.

En el año 1968 la Corte nuevamente se pronunció al respecto, en esta oportunidad respecto de la fijación de precios máximos, en donde se demandó a un distribuidor de periódicos que vendía a un precio superior al máximo establecido⁶⁷, a pesar de mantenerse la determinación original de concebir las restricciones verticales igual a las horizontales y por ende ilegales, se identificó un efecto económico del fijación unilateral de precios, en virtud del cual el precio al que puede vender el distribuidor determina en gran

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

65 Supreme Court of the United States. *United States V. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919)

66 Ibarra Pardo, Gabriel Ipg & Miranda Londoño, Alfonso MLA. *La Práctica de Fijación Unilateral de Precios y su Aplicación en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: CEDEC Seminario 10, Vol. 4. Javegraf, 1997-2002. Pág 3.

67 Supreme Court of the United States. *Albrecht v. The Herald Co.* 390 U.S. 145 (1968).

medida la capacidad de este para competir en aspectos diferentes al precio, como por ejemplo en servicios que mejoren el producto para el consumidor⁶⁸.

Ya en el año 1977 se generó un fallo importante en relación con las restricciones verticales de la competencia, si bien el caso se refirió al análisis de la legalidad de una restricción establecida por un fabricante de televisores consistente en una división territorial de mercado entre sus distribuidores con el fin de que compitieran de forma más agresiva con otras marcas, la Corte encontró efectos positivos respecto de la competencia inter marcas por lo cual no aplicó la regla *per se*⁶⁹.

De este importante fallo surgieron varios elementos determinantes con posterioridad para el análisis de las restricciones verticales de la competencia en los Estados Unidos; en primera medida al señalar que las restricciones verticales que no estuviesen relacionadas con precios, debían ser analizadas desde la regla de la razón, esto es, dando lugar al análisis de elementos fácticos y los efectos de la conducta⁷⁰; como segundo aspecto considerar que las restricciones verticales «intra marca» promueven la competencia inter-marca al permitir que el fabricante alcance eficiencias en la distribución de sus productos⁷¹; y en tercera medida señalar que la función primaria del derecho *antitrust* es promover la competencia intermarca, no intra-marca⁷², lo que dio lugar a que algunos tribunales inferiores a la Corte concluyeran

68 Op. cit. Zuleta Londoño, Alberto ZLA. Pág. 77.

69 Supreme Court Of The United States. *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977)

70 Ibidem. Pág 37 “*the facts of this case do not present a situation justifying a per se rule. Accordingly, the per se rule stated in Schwinn is overruled, and the location restriction used by respondent should be judged under the traditional rule-of-reason Standard.*”.

71 Op. cit. Zuleta Londoño, Alberto ZLA. Pág. 81

72 Op. cit. *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc* 433 U.S. at 52 n.19

que la competencia intra marca «*intra-brand*» no puede ser protegida por el derecho *antitrust*, a menos que haya un efecto en la competencia inter-marca «*inter-brand*», o incluso que proteger la competencia intra marca no es un objetivo del derecho antitrust norteamericano⁷³.

En los 80s se expiden dos fallos⁷⁴ que interpretaron y aclararon los planteamientos señalados anteriormente en el caso United States Vs Colgate, destacamos el caso Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp. en el que (Monsanto) fabricante de herbicidas agrícolas se negó a renovar el acuerdo de distribución a un distribuidor mayorista (Spray-Rite), quien presentó una demanda por la violación a la Ley Sherman, argumentando que el fabricante y algunos de sus distribuidores conspiraron para fijar los precios de reventa de productos del fabricante y que para cumplir con dicho acuerdo había tomado la decisión de negar la renovación del acuerdo de distribución. En este caso la Corte Suprema señaló que un fabricante puede anunciar previamente sus precios de venta al público y negarse a venderle a un distribuidor que se niegue a cumplirlos, en razón a que este último es libre de aceptar dicha condición del fabricante si quiere evitar la terminación del vínculo con éste⁷⁵, advirtiendo además que para que se de un acuerdo requiere haber evidencia que tienda a excluir la posibilidad de una acción independiente por parte del fabricante, es decir, que se requiere de evidencia directa o circunstancial que, razonablemente, tienda a probar que el fabricante y otros tenían

73 Grimmes, Warren GW. *GTE Sylvania and the Future of Vertical Restraints Law*. Antitrust magazine, Fall (2002), a publication of the American Bar Association Section of Antitrust Law

74 Supreme Court of the United States. *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984) and *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.* 485 U.S. 717 727-28 (1988).

75 Supreme Court Of The United States. *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984)

un compromiso consciente con un esquema común diseñado para lograr un objetivo ilegal⁷⁶.

Ya al inicio de los años 90 la Corte se pronunció nuevamente sobre la fijación unilateral de precios con relación a un caso en el que un productor de gasolina desarrolló un esquema de precios máximos de reventa para sus vendedores minoristas⁷⁷, reconociendo que a pesar de que la fijación de precios máximos seguía siendo ilegal *per se*, los competidores no se perjudican con la fijación de dichos precios máximos pues con dicha restricción vertical los precios se mantienen en el mercado uniformes y artificialmente, circunstancia que genera, por ende, un efecto pro competitivo⁷⁸.

No obstante el pronunciamiento anterior, siete años después la Corte Suprema de los Estados Unidos modifica la prohibición *per se* de la fijación de precios de venta máximos en una relación vertical, en este caso también entre un productor de gasolina y un minorista al que le da en arrendamiento y operación una estación de servicio con la carga de vender por debajo de unos precios máximos fijados⁷⁹, señalando que en estos eventos debe aplicarse la regla de la razón en tanto que entre mayor sea el margen del distribuidor, menores serán las ventas del productor, y por consiguiente tendría el productor que incrementar sus precios al distribuidor lo que conduciría al incremento del precio final al consumidor, contrario a que si se fija un precio de reventa máxi-

76 GUNDLANCH, GREGORY T GGT. Resale Prince Maintenance After Leegin: The Curious Case of Contact Lenses. Working Paper No. 15 – 05, American Antitrust Institute (2015) At. 30.

77 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co. 495 U.S. 328 (1990).

78 HYLTON, KEITH N. HKN. *Antitrust law: Economic theory and common law evolution*. Cambridge University Press.2003. At.262.

79 SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. State Oil Co. v. Khan *et al.* No. 96- 871. (1997).

mo, este se mantendría bajo para el consumidor, lo cual es deseable para el mercado y por ende pro competitivo⁸⁰.

Producto de esta evidente evolución en la Jurisprudencia Norteamericana respecto a la legalidad de la fijación unilateral de precios, así como los desarrollos conceptuales de los economistas y abogados de los años 2000 tendientes a demostrar como la fijación unilateral de precios es beneficiosa para la competencia⁸¹, en el año 2007 se profiere el importante fallo *Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS, Inc, DBA KAY'S Kloset... KAY'S SHOES*, en el que la Corte Suprema termina por modificar también la prohibición *per se* para la fijación de precios de reventa mínimos señalando que debía aplicársele para su análisis la regla de la razón⁸².

Tal determinación que modifica casi un siglo de considerar la fijación de precios mínimos como ilegal *per se*, destacó entre otros los efectos pro competitivos de la práctica de fijación de precios de reventa mínimos, que podemos sintetizar así:

- a. La fijación de precios mínimos facilita la entrada al mercado de nuevas empresas y marcas, porque da lugar a que se inviertan los recursos necesarios para desarrollar un mercadeo agresivo que permita ingresar al mercado.
- b. La fijación de precios mínimos puede incentivar la prestación de servicios a favor del consumidor.
- c. La fijación de precios mínimos le da la posibilidad al consumidor de escoger entre productos de diferentes categorías dentro del mercado.

80 Op. cit. Hylton, Keith N. Hkn. At. 262.

81 Howard P Marvel, Raymond Deneckere Hpmrd & Peck, James PJ. *Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition*. The American Economic Review.1997. At. 619-641.

82 Supreme Court of the United States. *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc, DBA KAY'S Kloset...KAY'S SHOES*. No. 06-480. (2007).

- d. La fijación de precios mínimos promueve la competencia inter marca, en razón a que sin ellos múltiples servicios al nivel minorista, necesarios para la competencia en el mercado, podrían no prestarse⁸³.

En definitiva, si bien la fijación unilateral de precios en los Estados Unidos es una restricción vertical la cual en todos los casos debe someterse al análisis de la regla de la razón, pues a pesar de sus ventajas con ocasión de ella podrían también generarse efectos anticompetitivos⁸⁴, la atención entonces de los académicos está centrada en cómo lograr una interpretación coherente y unisona al respecto⁸⁵.

2.3.2 *La fijación unilateral de precios en la Unión Europea*

La Unión Europea por su parte, ha desarrollado su postura frente a fijación unilateral de precios principalmente por vía de regulación positiva, partiendo de la norma del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en el capítulo de Competencia, que ha sufrido algunas modificaciones en su numeración y que a la fecha corresponde al artículo 101⁸⁶, en el cual se establece la prohibición de

83 Op. cit. Zuleta Londoño, Alberto ZLA. Pág. 88..

84 En el mismo fallo de Leegin por ejemplo, la Corte advierte que la fijación de precios de reventa mínimos puede también generar efectos anticompetitivos como servir para la creación de un cartel de productores o por otro lado un cartel de distribuidores, caso en el que estos últimos tuvieran el poder económico y exigieran a sus productores la fijación de previos de venta mínimos de modo que ellos pudieran fijar unos precios supra competitivos pero no por vía de un acuerdo de precios que sería ilegal per se, sino en virtud del aparente ropaje de legalidad de una restricción vertical.

85 Marco Colino, Sandra MCS. *Vertical agreements and competition law: a comparative study of the EU and US regimes*. Bloomsbury Publishing, 2010. At. 84.

86 A partir del 1 de diciembre de 2009, el artículo 81 del Tratado Comisión Europea se sustituye por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea-TFUE. Ambos artículos son en esencia idénticos. A efectos del presente texto las

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; incluso determinando expresamente en su literal a) como referencia específica de estos, aquellos que consistan en “ *fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción* ”⁸⁷.

A renglón seguido en el numeral 2º del mismo artículo prevé el efecto de la celebración del acuerdo y/o actuación prohibida bajo el numeral 1º, nulidad de pleno derecho.

No obstante lo anterior, la misma norma en el numeral 3º prevé la posibilidad de que las disposiciones del numeral 1º sean declaradas aplicables a cualquier acuerdo o categoría de acuerdos de empresas, decisiones de asociaciones de empresas, o prácticas concertadas “ *que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante* ”, no obstante, tal aplicabilidad tiene dos limitaciones: a) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y b) que no se ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate⁸⁸.

En virtud de la norma citada, la Unión Europea ha sentado sus posturas al respecto. Inicialmente dándole a la Comisión Europea la competencia exclusiva para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 [hoy 101] inaplicables conforme al apartado

referencias hechas al artículo 81 del Tratado Comunidad Europea se interpretarán como referencias al artículo 101 del TFUE.

87 Diario Oficial De La Unión Europea. Del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010/C 83/01) Art. 101

88 Ibidem.

3 del mismo artículo del Tratado⁸⁹, de modo que toda fijación unilateral de precios resultaba ilegal salvo que dicha entidad la aprobara.

En los primeros años de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) hubo cuantiosas solicitudes de revisión de acuerdos, lo que conllevó a una excesiva carga de trabajo que condujo a crear excepciones a dicha regla por categorías, de forma que no fuese necesario llevarlas todas para su aprobación previa⁹⁰. Algunos de estas excepciones fueron: el Reglamento (CEE) núm. 1983/83 de la Comisión de 22 de junio de 1983 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del tratado a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva⁹¹; y el muy importante Reglamento (CEE) No 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia⁹²

En los años 90s la Dirección de Competencia de la Comisión Europea empezó a repensar su diseño institucional, partiendo de reconocer a los acuerdos verticales menos dañinos y mucho más benéficos para la competencia respecto a lo que percibían inicial-

89 Reglamento N° 17 del Consejo Europeo. 6 de febrero, 1962. (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado). Consultado en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=331008

90 *"In the first several years of competition law enforcement, so many thousands of agreements were filed with the European Commission that the workload and backlog became untenable, and the commission began to adopt "block exemptions" for agreements of certain sorts that were not problematic. If the agreement fell within a block exemption, it would not be necessary for the parties to file; the block exemption regulation gave them their exemption from the date of the agreement."* Eleanor Fox & Daniel Crane. *Global issues in antitrust and competition law*. West Academic. 2010. At. 199.

91 Consultado en: <http://www.onnet.es/ley0006.htm> Fecha de Consulta: Enero 28 de 2016.

92 Consultado en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31-988R4087> Fecha de Consulta Febrero 2 de 2016.

mente, lo que condujo a una modernización tendiente a la reducción de cargas regulatorias y más enfoque económico⁹³.

Como consecuencia de lo anterior en el año 1999 la Comisión Económica Europea mediante reglamento determinó por primera vez: a) Que los acuerdos verticales no se les aplicara la prohibición del numeral 1° del artículo 101 del Tratado de Constitución de la Unión Europea, en ese momento numeral 1° del artículo 81, es decir, que estaban permitidos siempre y cuando se den entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a cincuenta millones de euros al año⁹⁴; b) Estableció el parámetro de la cuota de mercado, en el sentido de que la exención anterior se daba siempre y cuando la cuota de mercado del proveedor no excediera del treinta (30%) por ciento del mercado de referencia en el que comercializa los productos y/o servicios sometidos a la restricción vertical⁹⁵.

A pesar de lo anterior, dicho reglamento mantuvo la prohibición de todo acuerdo vertical que tenga por objeto la fijación de un precio de venta fijo o mínimo, quedando en todo caso habilitada la fijación de precios máximos y recomendaciones o sugerencia de precios⁹⁶.

Con posterioridad en el año 2003 se expide el Reglamento 1, en virtud del cual deciden sustituir el régimen vigente hasta ese momento por un sistema de excepción legal directamente aplicable, en el que las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales

93 Op Cit. Fox, Eleanor Fe & Crane, Daniel CD. Pág. 199.

94 Reglamento (CEE) No. 2790 / 1999 de la Comisión de 22 de Diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la CE a determinadas categorías de acuerdos verticales. Art 1.

95 *Ibidem*. Art. 3°

96 *Ibidem*. Art. 4°

dicionales de los Estados miembros sean competentes no sólo para aplicar el apartado 1 del artículo 81[hoy 101] y el artículo 82 [hoy 102] del Tratado, directamente aplicables en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino también el apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁹⁷.

Finalmente habiendo culminado el término de vigencia del Reglamento No. 1 de 2003 anteriormente citado, a partir de sus resultados positivos y de las experiencias adquiridas desde su adopción, se expide un nuevo Reglamento de exención por categorías número 330 de 2010, en el que reiterando el reconocimiento a que determinados tipos de acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o distribución, reduciendo costes de transacción, optimizando niveles de inversión, de ventas y de distribución, entre otros beneficios, se determina que la mejoría en la eficiencia económica se compensa con los efectos adversos a la competencia de tales acuerdos dependiendo el peso en el mercado de las partes, y que dichas partes tengan competencia de forma que el comprador considere bienes o servicios sustituibles por sus características, precios o finalidades⁹⁸.

Es así como se establece que la prohibición del apartado 1 del artículo 101 del TFUE, no se aplicara a acuerdos verticales⁹⁹,

97 Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de la Unión Europea del 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Consideración 4ª.

98 Reglamento (UE) N 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Consideraciones 6ª y 7ª.

99 Definidos estos en el mismo reglamento literal a) Artículo 1º, así: “*«acuerdos verticales»*, los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”;

siempre y cuando ni el proveedor de bienes y servicios ni el comprador de los mismos superen la cuota de mercado respectiva¹⁰⁰ del treinta (30%) por ciento de cada uno¹⁰¹.

Finalmente, este reglamento que está vigente a la fecha, mantuvo entre otras, la prohibición de todo acuerdo vertical que tenga por objeto la fijación de un precio de venta fijo o mínimo, quedando en todo caso habilitada la fijación unilateral de precios máximos y recomendaciones o sugerencia de precios en la Unión Europea¹⁰².

3. EL CONTRATO DE FRANQUICIA Y LA FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS

Como se ha podido dilucidar, la franquicia en el mundo es una forma de distribución que ofrece ventajas y eficiencias reales en el comercio, no obstante representa un asunto complejo en materia del derecho de la competencia, dado que la figura implica una estrecha relación contractual entre franquiciante y franquiciado, quienes a pesar de ser jurídicamente independientes, requieren tener entre sí un alto grado de coordinación e integración entre ellos, lo cual se logra a través de contratos de franquicia que suelen incluir compromisos mutuos que restringen su comportamiento; en otras palabras, los acuerdos de franquicia suelen incluir restricciones verticales; asunto que ha llevado a los estados y a

100 El mismo reglamento señala respecto de la aplicación del umbral de cuota de mercado: *“la cuota de mercado del proveedor se calculará sobre la base de los datos del valor de las ventas en el mercado y la cuota de mercado del comprador se calculará sobre la base de los datos del valor de las compras en el mercado”* (Lit. a, Art. 7°)

101 Op cit. Reglamento (UE) N 330/2010. Art 3°.

102 Ibidem. Literal a) Art. 4°.

los mercados a analizar, estudiar y determinar cuáles restricciones verticales son deseables y en qué circunstancias¹⁰³.

La doctrina ha reconocido múltiples tipos o tipologías de franquicia, en razón a diferentes criterios de clasificación¹⁰⁴, tales como: a) Según el lugar que ocupen los sujetos del contrato dentro del canal¹⁰⁵; b) Según la naturaleza de la actividad de la que es objeto el contrato¹⁰⁶; c) Según su origen y grado de desarrollo¹⁰⁷; d) Según su modalidad de instrumentación¹⁰⁸, entre otras.

Por lo que se hace necesario señalar que este texto se centra en la denominada franquicia comercial o más conocida internacionalmente como *business format franchising*, que es aquella en virtud de la cual una empresa transfiere un método o *know how* propio a un tercero, para que administre y maneje un negocio, usualmente en determinado territorio, para que distribuya y comercialice un producto o servicio, todo lo cual se identifica con una marca comercial del franquiciante u otorgante y sujeto al estricto control de este último, quien además le prestará asistencia técnica en forma continua¹⁰⁹.

En ese orden de ideas, la franquicia comercial tiene como efecto que el consumidor no pueda distinguir si el bien o servicio provienen del franquiciante o de uno u otro franquiciado, sino que la prestación o el producto que busca, sean idénticos, y respondan

103 OECD. Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements. Consultado en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf> fecha de consulta: Febrero 14 de 2016.

104 Bermúdez González, Guillermo J. BGGJ. *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*. Págs. 31 – 37. Ed., ESIC, (2002).

105 Franquicia entre fabricante y mayorista, entre fabricante y minorista, mayorista y minorista, entre minorista y minorista.

106 Franquicia de servicios, franquicia industrial, franquicia de producción, franquicia de distribución pura.

107 Franquicia de primera, segunda o tercera generación.

108 Franquicia de desarrollo, franquicia Master, franquicia individual.

109 Op cit. Marzorati, Osvaldo J. MOJ. Pág. 229.

a la calidad que conoce y espera, junto con un precio uniforme, aspectos que solo se logran con el obligatorio acatamiento y cumplimiento por parte del franquiciado de determinadas obligaciones y cláusulas relativas a formas de comercialización y precios¹¹⁰.

Para lograr tal finalidad los contratos de franquicia han sido reconocidos de forma casi unánime por la doctrina como contratos de adhesión o también conocidos como de condiciones preestablecidas¹¹¹, en los que el potencial franquiciado si tiene interés en serlo, simplemente acepta la regulación contractual planteada por el franquiciante.

El aspecto anterior resulta supremamente relevante para efectos del presente análisis, en razón a que si un contrato de franquicia contiene una cláusula en donde el franquiciado se obliga a cumplir y respetar los precios determinados por el franquiciante para la comercialización de productos y servicios, no se está generando *per se* un acuerdo anticompetitivo o colusión entre agentes del mercado consciente y reflexivamente tendiente a determinar unos precios para influir en el mercado, sino que se está estableciendo la norma para dar aplicación a la fijación unilateral de precios por parte del franquiciante, la cual sin duda es una restricción vertical de la competencia pero con la finalidad de la protección del *know how* de su negocio, la mitigación de la competencia intramarca y la protección del sistema de distribución estructurado a través de relaciones de franquicia.

El planteamiento anterior se ha visto respaldado por la autoridad de la competencia en Colombia en la importante Resolución no. 40598 de 2014 de TERPEL con sus franquicias bajo la marca GAZEL a la cual nos hemos referido reiteradamente, al señalar:

110 Kaplan, Ernest George Keg. *Franquicia y Libre Competencia*. Revista Electrónica de Derecho Comercial. Consultada en: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf> fecha de consulta: Febrero 29 de 2016.

111 Arrubla Paucar, Jaime APJ. *Contratos mercantiles. Contratos Atípicos*. Séptima Edición. Pág. 368. Ed., Legis Editores SA., (2012).

la SIC reconoce que la franquicia representa una relación vertical particular, en la medida que su misma estructura concibe la concertación de una variedad de aspectos y la imposición de condicionamientos restrictivos, que se requieren para que este contrato cumpla la función económica que le es propia. Determinadas cláusulas restrictivas pueden considerarse esenciales para la protección de la identidad común de la franquicia, para la protección de la reputación de la red de distribución que mediante ella se conforma, o para impedir que el “know how” transmitido y la asistencia técnica y comercial brindadas por el franquiciante puedan terminar beneficiando a terceros competidores.¹¹²

Debo destacar que las limitaciones intramarca, como regla general, contribuyen a mejorar el proceso competitivo. Un productor que utiliza la fijación unilateral de precios o las restricciones territoriales con los distribuidores compite más eficazmente con los demás productores y aumenta y mejora las opciones de los consumidores. Al prohibir la fijación unilateral de precios no solamente no estamos logrando proteger al consumidor sino que lo estamos perjudicando, al privarlo en muchos casos de la posibilidad de obtener bienes y servicios que serían deseables para él¹¹³.

Debemos destacar que la fijación unilateral de precios, denota su trascendencia precisamente en la medida en que, como se evidenció anteriormente, el precio hace parte del saber hacer o *know how* del negocio, que es indispensable para el adecuado funcionamiento de un modelo de franquicia.

Es pertinente acudir entonces a la teoría económica para apoyar la procedencia y la importancia en el marco de la franquicia de la fijación unilateral de precios por parte de franquiciante. Para tal fin se ha planteado la figura del *efecto parásito* o más conocido como *free rider effect*. Este concepto hace referencia a una exter

112 Superintendencia de Industria y Comercio SIC. Resolución 40598 (27 de Junio, 2014).

113 Op. cit. Zuleta Londoño, Alberto ZLA. Pág. 103.

nalidad que se da cuando una empresa se beneficia de las acciones de otra sin pagar por ello¹¹⁴.

Para explicar este punto debemos partir de un hecho, el incremento en la publicidad y en los servicios de preventa como resultado de una fijación unilateral de precios mínimos puede mejorar el valor del producto o servicio a un más extenso grupo de consumidores y permitir el incremento de la demanda. De modo que para un productor o en este caso franquiciante, resulta económicamente apropiado para diferenciarse en el mercado, impulsar a sus distribuidores o franquiciados a ofrecer servicios especiales, como promociones, publicidad especial, descuentos, demostraciones de productos, obviamente todo ligado al precio mínimo. Es allí donde surge el problema del efecto parásito, los consumidores acudirán a los puntos de venta sin que eventualmente noten que son puntos franquiciados, donde recibirán todos estos servicios e información, pero si los consumidores se dan cuenta que otro punto de venta franquiciado les da un menor precio, aunque no ofrece todos los servicios que ya conocieron, adquirirán los productos allí y dicho franquiciado parásito se beneficiará de los esfuerzos y recursos invertidos por los demás¹¹⁵.

Esto es supremamente relevante para el caso de una red de franquicias, pues si se permite que se dé el efecto parásito señalado por parte de alguno de sus franquiciados, va a generarse una afectación de la marca en general, de los otros franquiciados, de la red de franquicias y hasta del consumidor, pues los franquiciados dejarán de cumplir con la inversión de recursos en publicidad, mercadeo, servicio al cliente, situación que al final conduciría al incremento de los precios por parte del franquiciante de los productos o servicios que dispone para que el franquiciado comercia-

114 Telser, Lester G. TLG. *Why should manufacturers want fair trade?*. The Journal of Law & Economics. 1960.. At. 86-105.

115 Van Den Bergh, Roger Vdbr & Camesasca, Peter D. CPD. *European competition law and economics: a comparative perspective*. Intersentia nv. 2001. At. 219

lice, afectando al consumidor final y potencialmente destruyendo un sistema de franquicias.

En esa misma línea, las restricciones de precios pueden promover la eficiencia al permitir la coordinación vertical entre el franquiciante y el franquiciado, por ejemplo determinando un precio máximo para la comercialización de productos o servicios al consumidor final, aspecto que dará lugar a eliminar los problemas de doble marginalización¹¹⁶ o también conocidos como *double mark-up problems*¹¹⁷.

Aunado a lo anterior las restricciones verticales en los contratos de franquicia como la “fijación de precios”, permiten aumentar los rendimientos de quienes invierten en marca y desarrollo de *know how*, lo cual conduce a impulsar la entrada al mercado tanto de nuevas marcas como de nuevos minoristas¹¹⁸.

No obstante lo anterior, no es posible concluir que todo tipo de restricción vertical derivada de una relación de franquicia siempre favorecerá la eficiencia económica y/o nunca generará un efecto anticompetitivo, por lo que se hace necesario tener en cuenta la estructura del mercado y el grado de competencia inter marca en el mismo¹¹⁹.

116 Fenómeno en el que dos empresas que hacen parte de la misma cadena vertical, establecen márgenes de beneficios por encima de los costos marginales; por ejemplo el franquiciante le comercializa sus productos y servicios a un franquiciado para su reventa al consumidor final a un precio que ya tiene un margen de beneficio, por su parte el franquiciado también le incrementa el precio para subir su margen de beneficio, siendo esto un problema cuando ese incremento supera el coste del mismo, pues al consumidor final se le está incrementando el precio dos veces por encima del nivel competitivo.

117 G.F. Mathewson & R.A. Winter, “*The Economics of Vertical Restraints in Distribution*”, in Joseph E. Stiglitz et G.F. Mathewson, eds., *New Developments in the Analysis of Market Structure*, The M.I.T. Press, Cambridge, Massachusetts, pp. 211-236. (1986),

118 Op cit. OECD. *Competition Policy and Vertical Restraints*

119 *Ibidem* p. 12

A partir de la concepción anterior planteada por la OCDE, en conjunto con un análisis de derecho comparado sobre la materia, la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia ha superado la ilegalidad *per se* de la fijación unilateral de precios en el Contrato de franquicia, determinando entonces su actuación bajo la regla de la razón analizado caso a caso, reservándose la facultad de sancionar efectos reales o potenciales contra la competencia derivados de los mismos, para lo cual fijó los siguientes parámetros de análisis¹²⁰:

- a. El estudio concreto para cada caso del contrato de franquicia, verificando su tipo, elementos esenciales, modalidad y poder económico de las partes.
- b. Individualización de las voluntades del contrato, por lo cual se evaluarán las cuotas de mercado del franquiciante y franquiciado.
- c. Se analizará el estado de la competencia inter marca y la esencialidad de la restricción para la protección de la identidad común de la franquicia y del prestigio de su marca, para la salvaguarda del *know how* transmitido y para la defensa de la asistencia técnica y comercial brindadas por el franquiciante.
- d. En el evento de que la cuota de mercado de alguna de las partes sea importante u ostente posición de dominio, se aplicará la presunción de que la fijación del precio de reventa tiene alta potencialidad de generar efectos anticompetitivos.
- e. En el evento de que opere la presunción anterior o en cualquier otra investigación por fijación unilateral de precios mínimos o fijos, el investigado podrá desvirtuar la nocividad de la conducta demostrando los efectos pro competitivos de dicha fijación de precio y cómo estos superan cualquier efecto anticompetitivo que la SIC haya encontrado en el mercado.

120 Op cit. Superintendencia de Industria y Comercio Sic. Resolución 40598 de 2014. Pág. 96

- f. Los aspectos anteriores se validarán a la luz del estudio del mercado relevante.
- g. El análisis económico de la fijación de precios deberá tener en cuenta tanto los efectos a corto plazo como a largo plazo.
- h. fijación de precios sugeridos y máximos serán siempre legales en el marco de un contrato de franquicia.

Finalmente, hemos querido evidenciar cómo tanto en Colombia como en el mundo, el Contrato de Franquicia es un acuerdo vertical con características muy particulares, que hacen que las restricciones a la competencia en ellos establecidas sean analizadas bajo la perspectiva de la eficiencia económica en cada mercado. Sus múltiples excepciones a la aplicación de normas generales tanto por vía de regulación positiva como jurisprudencialmente son destacadas, no obstante, el punto específico de la fijación unilateral de precios en el contrato de franquicia ha dejado de ser vista como una conducta completamente anticompetitiva para convertirse en una posibilidad real en el comercio con efectos incluso pro competitivos.

CONCLUSIONES

Desde el no muy lejano inicio del negocio de la franquicia en Colombia, se han desarrollado con fortuna múltiples esquemas de franquicia bajo unos parámetros de prohibición e ilegalidad absoluta o *per se* en lo relativo a la fijación unilateral de precios, pasando luego a la permisividad de la fijación de precios sugeridos, a renglón seguido a los precios máximos, y hoy a partir de un pronunciamiento claro y expreso de la autoridad en materia de competencia, reconociendo la posibilidad de fijación de precios mínimos y fijos en armonía con el desarrollo internacional en la materia.

Es claro que la regulación vigente al respecto es la misma con la cual otrora se tildaba de ilegal *per se* toda fijación unilateral de precios, con lo que el desarrollo que se destaca viene dado de una nueva interpretación de la misma Superintendencia de Industria y Comercio, pero ya no únicamente de carácter literal sobre la ley positiva vigente, sino en el contexto necesario para un análisis adecuado al respecto, esto es, teniendo en cuenta los múltiples aspectos económicos de estas prácticas, especialmente en lo relativo al reconocimiento de la diferenciación entre las relaciones verticales y relaciones horizontales, los efectos de los acuerdos, su magnitud y el análisis de las eficiencias de los mismos. Elementos todos ellos que permiten reconocer que el aumento en el nivel de eficiencia en la organización productiva y en la distribución, en donde los efectos benéficos para el desarrollo de los bienes o servicios de que se trate y, por ende para el consumidor, derivados de esa eficiencia económica, superan en forma contundente a sus posibles efectos anticompetitivos y por ende no configura una conducta contraria a la libre competencia.

No obstante, la necesidad de una respuesta o definición jurídica clara y contundente respecto de la posibilidad legítima de los franquiciados de determinar los precios a los cuales comercializa su franquiciante y/o las reglas para hacerlo, son fundamentales para el mercado Colombiano, pues

si las normas se comportan con un alto grado de incertidumbre sobre la legalidad, posible ilegalidad o ilegalidad total, tanto los agentes económicos como la sociedad, estarán condenados a una pérdida social irrecuperable, ya que los agentes económicos asumirán costos innecesarios (el ocultamiento de una conducta legítima, el pago de una sanción por la realización de una conducta aparentemente ilegal con posibilidad de demostrar que era competitiva, la no realización de la conducta, mayor eficiencia, disminución de los precios, etc.) y el mercado en toda su magnitud estará funcionando ineficientemente¹²¹.

121 Op cit. Carlos Uribe Piedrahita. Pág. 158.

Es por ello que en virtud de los argumentos planteados en el presente texto, así como la importantísima Resolución 40598 de 2014 de TERPEL referente a sus franquicias bajo la marca GAZEL, la fijación unilateral de precios en el marco de un contrato de franquicia en Colombia ha dejado de ser ilegal *per se*, lo que desde el punto de vista práctico para el empresario y para los juristas alrededor del mundo de la franquicia en Colombia, implica que una cláusula establecida en un Contrato de Franquicia en virtud de la cual el franquiciado se obligue a respetar y acatar los precios determinados por el franquiciante sobre los productos o servicios a comercializar al cliente final, ya no es una norma inexorablemente de objeto ilícito en los términos de la Ley 155 de 1959 y del Decreto 2153 de 1992, hasta tanto la autoridad de la competencia determine lo contrario, siguiendo los parámetros de análisis señalados.

No obstante lo anterior, el modelo de franquicia desarrollado por Terpel bajo la marca Gazel es atípico, en razón a que la mayor parte del riesgo del negocio estaba en cabeza del Franquiciante, por lo que a pesar de la importante Resolución citada, no puede entenderse como una autorización o permiso infranqueable respecto de la fijación unilateral de precios en el marco de cualquier relación de franquicia; sin embargo se ha abierto camino un nuevo criterio de interpretación al respecto para efectos de futuros análisis en la materia, pues sin duda las conductas se evaluarán con la misma rigurosidad pero bajo el parámetro de análisis de la regla de razón.

Finalmente, no cabe duda que será un reto para el Estado en general, de un lado para la rama ejecutiva, específicamente la Superintendencia de Industria y Comercio al continuar evolucionando y profiriendo sus pronunciamientos siguiendo dicha postura, así como en el manejo de las investigaciones correspondientes de los agentes que la usen como herramienta colusoria; de otro lado, para la rama judicial en materia administrativa en los eventos en

que tenga que pronunciarse de fondo sobre esta nueva interpretación normativa y por supuesto en materia ordinaria, los jueces y árbitros de la República, deben superar la interpretación estática de las normas vigentes al respecto y entender la ausencia de objeto ilícito en dichos pactos; y por último, para el legislativo, instancia, que por su razón de ser, podría reconocer esta realidad y dar su aporte para la seguridad jurídica del país.

BIBLIOGRAFÍA

- Archila Peñalosa, Emilio. “*Criterios de aplicación de las normas sobre la competencia*”, en Javegraf 2a ed, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, CEDEC (1997-2002)
- Arrubla Paucar, Jaime. *Contratos mercantiles*. Ed., Biblioteca Jurídica Dike. (2006)
- Braun, Ernest. A. *Policy Issues of Franchising*. Ed., *UL Rev.* (1983)
- Casey, Jason A. *Rule of Reason After Leegin: Reconsidering the use of Economic Analysis in The Antitrust Arena*. *Suffolk UL Rev.*, 2008, vol. 42 en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sufflr42&div=61&g_sent=1&collection=journals Fecha de Consulta: Marzo 3 de 2015.
- Cera, Silvana Insignares. *Principales Conflictos Contractuales Derivados de la Ejecución del Contrato de Franquicia Internacional En El Marco del TLC Colombia-USA*. *Contrato de Franquicia Internacional en el marco del TLC Colombia-USA*, p. 27.
- Colino, Sandra Marco. *Vertical agreements and competition law: a comparative study of the EU and US regimes*. Bloomsbury Publishing, 2010
- Columa, German. *La ley argentina de defensa de la competencia*. <http://www.ucema.edu.ar/u/gcoloma/leydef.pdf> (28 de Octubre, 2015)
- Código Deontológico Europeo De La Franquicia, en: http://gencat.cat/treball/doc/doc_32898654_1.pdf fecha de consulta: 11 de Abril de 2014

- De La Calle, José Miguel. *La Fijación de precios de reventa en Colombia*. Ámbito Jurídico. Septiembre 2, 2015
- Delgado, Henry. *El negocio de las franquicias sigue creciendo en el país*. El País Junio 15, 2015
- Deneckere, Raymond, Marvel, Howard P. & PECK, James. *Demand uncertainty and price maintenance: markdowns as destructive competition*. The American Economic Review. 1997
- Diario Oficial De La Union Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comunidad Europea.. 2010/C 130/01. Consultado el: 15 de Enero de 2016 en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>
- Diario Oficial De La Unión Europea. Del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010/C 83/01) Art. 101
- Escobar Saavedra, Lesvia. ¿En Colombia se pueden implementar modelos de fijación de precios utilizados en las redes de distribución de otros países? Diario el Huila, 12 de Agosto de 2013.
- Feirman, Steven B., Nixon Peabody Llp., Dentons Us, LLP. Antitrust Law Developments In Franchise System Pricing - Legal Principles And Best Practices. International Franchise Association en: <http://emarket.franchise.org/d/2014-legal-attendees/Antitrust%20Pricing%20Paper.pdf> fecha de consulta: Febrero 25 de 2015.
- Giménez, Aurora Hernando. *El Contrato de Franquicia de Empresa*, Civitas, Madrid, 2000.
- Gómez Leyva, Delio. *De Las Restricciones, Del Abuso Y De La Deslealtad En La Competencia Económica*. Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1998.
- Grimmes, Warren. *GTE Sylvania and the Future of Vertical Restraints Law*. Antitrust magazine, Fall (2002), a publication of the American Bar Association Section of Antitrust Law

- Fox, Eleanor Fox & Crane, Daniel. *Global issues in antitrust and competition law*. West Academic. 2010.
- Gonzalez, Guillermo J. Bermúdez. *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*. Pags. 31 – 37. Ed., ESIC, (2002)
- Gundlanch, Gregory T.. Resale Prince Maintenance After Leegin: The Curious Case of Contact Lenses. Working Paper No. 15 – 05, American Antitrust Institute (2015)
- Hylton, Keith N. *Antitrust law: Economic theory and common law evolution*. Cambridge University Press.2003
- Ibarra Pardo, Gabriel & Miranda Londoño, Alfonso. *La Práctica de Fijación Unilateral de Precios y su Aplicación en Colombia*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: CEDEC Seminario 10, Vol. 4. Javegraf, 1997-2002
- Jullien, Bruno; Rey, Patrick. Resale price maintenance and collusion. *The RAND Journal of Economics*, 2007, vol. 38, no 4, p. 983-1001.
- Landes, William M. & POSNER, Richard . *Trademark law: an economic perspective*. The Journal of Law & Economics. October 1987.
- Lázaro Sánchez, Emilio J.. *El contrato de franquicia (aspectos básicos)*. Anales de Derecho. Año 2000.
- Lianos, Ioannis. *Collusion in vertical relations under article 81 EC*. Common Market Law Review 45. (2008)
- Lockerbi, Michael J. Franchising After *Leegin*: A License to Fix Prices?, Franchise Law Journal, Volume 27, Number 2, Fall 2007, en <http://www.foley.com/files/Publication/9353f57e-5c4a-4bd7-86d3-fd0818a8bd3e/Presentation/PublicationAttachment/418ba8c9-eb16-4a20-b1ff-ff426bf1f093/Lockerby.pdf> Fecha de Consulta: Marzo 5 de 2015
- Kaplan, Ernest George. *Franquicia y Libre Competencia*. Revista Electrónica de Derecho Comercial. Consultada en: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf> fecha de consulta: Febrero 29 de 2016.

- Marzorati, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- Marzorati, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2008.
- Mathewson, G.F. & Winter, R.A.. “*The Economics of Vertical Restraints in Distribution*”, in Joseph E. Stiglitz et G.F. Mathewson, eds., *New Developments in the Analysis of Market Structure*, The M.I.T. Press, Cambridge, Massachusetts, pp. 211-236. (1986),
- Miranda Londoño, Alfonso. *Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados*. Contexto Universidad Externado. 1998.
- Miranda Londoño, Alfonso. “*El régimen general de la libre competencia*”, en *Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas* No. 95 (1998) p. 18
- Miranda Londoño, Alfonso. “¿Existe La Regla De Ilegalidad Per Se En El Derecho De La Competencia Colombiano?”, Pontificia Universidad Javeriana, 2004, en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/menu_lat/polemicos.htm, fecha de consulta: 27 de Septiembre de 2013.
- Miranda Londoño, Alfonso. “Origen y evolución de derecho de la Competencia en Colombia”, *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 6 N° 6, 65-148, enero-diciembre 2011, en <http://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/3-origen-y-evolucion3b3n-copia.pdf>, fecha de consulta: 1 de diciembre de 2013.
- Miranda Londoño, Alfonso. Ponencia presentada dentro del Seminario Titulado “HACIA UN NUEVO RÉGIMEN DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA”, celebrado entre los días 7 y 8 de Septiembre de 1992 en la Cámara de Comercio de Bogotá, organizado por el Ministerio de Desarrollo Económico, el Departamento Nacional de Planeación, la Superintendencia de Industria y Comercio y la Cámara de Comercio de Bogotá. <https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1- anotaciones-sobre-derecho-anti-monopolistico-usa-aml.pdf> fecha de consulta: 12 Junio de 2015
- Navas Herrera, María Fernanda y MOSQUERA MORENO, Andrés Mauricio. “*El Contrato De Franquicia: Aportes Y Tendencias*

En El Derecho Comparado Sobre La Responsabilidad Del Franquiciador” en Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 119: 279-304, julio-diciembre de 2009.

OECD. Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements. Consultado en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf> fecha de consulta: Febrero 14 de 2016

Plazas Estepa, Rodrigo Alberto. *El Contrato de Franquicia, du Evolución y su Injerencia en el Desarrollo Económico Colombiano*. Revista Republicana. Enero a Junio 2010.

Posner, Richard A. Antitrust Law: An Economic Perspective. Pág. 28. University of Chicago Press. (1976

Organización para la cooperación y el desarrollo Económicos - OCDE. Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements. 1994. Consultado en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/1920326.pdf> Mayo 23 de 2015.

Raab, Steven S. & MATUSKY, Gregory. FRANQUICIAS Cómo multiplicar su negocio. Ed., Limusa. (2005).

Rojas, Francisco Abascal. Consumidor, Clientela y Distribución para la Economía del Futuro. Ed., Esic. (2002).

Roitman, Horacio. “Franquicia. La ley modelo de Unidroit” disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf> (15 de Septiembre, 2015)

Ruiz-Rico Ruiz, Catalina. *El Contrato De Franquicia Y Sus Límites Jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 331.

Sierralta Ríos, Aníbal. *Contratación Internacional de marcas, patentes y Know-how*. Vniversitas. 2004.

Telser, Lester G. *Why should manufacturers want fair trade?*. The Journal of Law & Economics. 1960..

Tremblay, Victor & Tremblay, Carol. *New perspectives on Industrial Organization*. Springer. Nueva York. Cap 9. 2016

U.S. Department Of Commerce International Trade Administration.

2016 Top Markets Report Franchising Country Case Study. http://trade.gov/topmarkets/pdf/Franchising_Colombia.pdf (13 Julio, 2016)

Uribe Piedrahita, Carlos Andrés. ¿Los acuerdos horizontales de precios en Colombia se resuelven por la regla per se?: el caso de las empresas de vigilancia y los retos del Consejo de Estado. Vni-versitas,. Julio – Diciembre 2006

Van Den Bergh, Roger, & Camesasca, Peter D. *European competition law and economics: a comparative perspective*. Intersentia nv. 2001

Wittrock, Quentin R., JOHNSON, JeRemy L. Can Franchisors Control Franchisee Prices?. *Franchise Law Journal*, Volume 28, Number 4, Spring 2009, en: <http://www.gpmlaw.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-4-5982/media.name=/FLJ-vol28-no4-wittrock-johnson.pdf> fecha de consulta: Febrero 26 de 2015

Zuleta Londoño, Alberto. “La regulación sobre mantenimiento de precios de reventa: el próximo capítulo del derecho colombiano de la competencia”. *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 7 N° 7, 71-105, enero-diciembre 2011

Resoluciones y Sentencias Colombianas:

Consejo de Estado. Sala de los Contencioso Administrativo. Sección Primera, Proceso 25000-23-24-000-2001-01261-01 (C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; Noviembre 19 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 539 de 2011. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Julio 6 de 2011)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 634 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Agosto 24 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 816 de 2011 (M.P. Mauricio González Cuervo; Noviembre 1 de 2011).

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 99050593 (27 de septiembre, 1999).

- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 99025015 (15 de junio, 1999).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 0206730 (13 de marzo, 2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 22127 (28 de abril, 2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 00023304 - 00023454 17 de Mayo, 2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 203015 (26 de mayo, 2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 00030176 y 00033102 (12 de Junio, 2000).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 1000700 (19 de febrero, 2001).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 93802 (26 de febrero, 2001).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 1045785 (19 de Junio, 2001).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 1041466 (29 Junio, 2001).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 01082559 (23 de Octubre, 2001).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25420 de 2002 (06 Agosto de 2002).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 8310 (28 de Marzo, 2003).
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 9727 (11 de Abril, 2003)
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 6839 de 2010 (Febrero 27, 2010).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 33141 (21 de Junio, 2011).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 48092 (13 de Agosto, 2012).

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto Rad. 95570 (28 de Mayo de 2013).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 49141 (Agosto 21 de 2013)

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 40598 de 2014 (27 Junio de 2014).

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 76724 (16 de Diciembre, 2014)

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 16562 (14 de Abril, 2015).

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Proceso.20060079001 (4 de Marzo, 2010).

Sentencias Extranjeras:

Supreme Court of the United States. Shawnee Compress Co. v. Anderson 209 U.S. 423, 432, (1908)

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

Supreme Court of the United States. United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)

Supreme Court of the United States. Albrecht v. The Herald Co. 390 U.S. 145 (1968).

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

Supreme Court of the United States. Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 761 (1984)

Supreme Court of the United States. Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp. 485 U.S. 717 727-28 (1988)

Supreme Court of the United States. *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.* 495 U.S. 328 (1990).

Supreme Court of the United States. *State Oil Co. v. Khan et al.* No. 96- 871. (1997).

Supreme Court of the United States. *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS, Inc, DBA KAY'S Kloset...KAY'S SHOES.* No. 06-480. (2007).

Normas de la Unión Europea:

Reglamento N° 17 del Consejo Europeo. 6 de febrero, 1962. (Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado). Consultado en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=331008

Reglamento (CEE) No. 2790 / 1999 de la Comisión de 22 de Diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado de la CE a determinadas categorías de acuerdos verticales

Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de la Unión Europea del 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Reglamento (UE) N 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Reglamento No. 19/65/CEE. De exención por categorías para la Franquicia. Agosto 27 de 1987, No. C 229.