

LA PRÁCTICA DE FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS (FUP) EN ESTADOS UNIDOS Y SU APLICACIÓN EN COLOMBIA

CAROLINA DEIK ACOSTAMADIEDO*

RESUMEN

En EE.UU. durante casi un siglo la Fijación Unilateral de Precios mínimos (“resale price maintenance”) se consideró una violación del § 1 del Sherman Act¹. Sin embargo, en el fallo *Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.* del 28 de junio de 2007, la Suprema Corte con una estrecha mayoría dio un giro a la ilegalidad *per se* para este tipo de prácticas, sometiéndolas al escrutinio de la *regla de la razón*, que es “el sistema tradicional de análisis” bajo el § 1 del Sherman Act². Ahora las cortes deben analizar cada caso para sopesar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la práctica en cuestión. Este giro en la jurisprudencia anglosajona amerita estudiar el impacto práctico de la decisión en EE.UU., e invita a reevaluar las doctrinas que para dicho propósito se habían adoptado en otras latitudes que habían tomado a los norteamericanos por modelo, como Colombia.

Palabras clave: fijación de precios, procompetitivo, anticompetitivo, restrictivo, cartel, acuerdo, distribuidor, franquicia, regla *per se*, regla de la razón.

Fecha de recepción: 30 de abril de 2008
Fecha de aceptación: 29 de julio de 2008

* | Estudiante de décimo semestre de derecho en la Pontificia Universidad Javeriana. Coeditora de la *Revista International Law*. Actualmente labora en la firma *Laguado Giraldo Ltda.* Contacto: carodeik@hotmail.com

1 N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

2 *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

RESALE PRICE MAINTENANCE IN THE UNITED STATES AND IN COLOMBIAN LEGISLATION

ABSTRACT

In United States, for nearly a century “resale price maintenance” was considered a violation of § 1 of the Sherman Act. However, in the ruling Leegin Creative Products, Inc. V. PSKS, Inc. (June 28, 2007), the Supreme Court shifted from the per se illegality to a scrutiny under the rule of reason, which is “the traditional system of analysis” under § 1 of the Sherman Act³. Now the courts must analyze each case to weigh the pro-competitive and anti-competitive effects of the practice in question. This shift forces us to study the practical impact of the decision in the United States and reassess doctrines that for this purpose had been taken elsewhere who had taken the Americans by model, such as Colombia.

Key words: *resale price maintenance, precompetitive, anticompetitive, restrictive, cartel, agreement, distributor, franchise, per se rule, rule of reason.*

INTRODUCCIÓN

Durante décadas, muchos franquiciantes y productores se han debatido sobre las maneras de prevenir descuentos por parte de los franquiciados, distribuidores y vendedores —el siguiente nivel en la cadena de producción y distribución de bienes y servicios— sin contravenir la normativa de competencia en los países donde la Fijación Unilateral de Precios (FUP) está prohibida. Esto es especialmente cierto en industrias en las que los bajos márgenes de ganancia y el *free-riding* de quienes hacen descuentos dificultan a sus competidores cumplir los estándares de promoción impuestos por los franquiciantes y productores⁴.

3 Ibidem.

4 LOCKERBY, MICHAEL J., *Franchising after Leegin: a license to fix prices?* Franchise Law Journal, n° 27. Fall, 2007, págs. 112-127. Copyright © 2007 by American Bar Association, pág. 1. (La traducción es nuestra).

En Estados Unidos durante casi un siglo la Fijación Unilateral de Precios mínimos (“resale price maintenance”) se consideró una violación del § 1 del Sherman Act, presumiéndose como limitaciones irracionales al comercio sin necesidad de elaboradas indagaciones sobre su perjuicio⁵. Sin embargo, en el fallo *Leegin Creative Products, Inc. v. PSKS, Inc.* del 28 de junio de 2007, la Corte Suprema con una estrecha mayoría dio un giro a la ilegalidad *per se* para este tipo de prácticas, sometiéndolas al escrutinio de la *regla de la razón*, que es “el sistema tradicional de análisis” bajo el § 1 del Sherman Act⁶. Ahora las cortes deben analizar cada caso para sopesar los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la práctica en cuestión.

Este giro en la jurisprudencia anglosajona amerita estudiar el impacto práctico de la decisión en EE.UU., e invita a reevaluar las doctrinas que para dicho propósito se habían adoptado en otras latitudes, incluso en ordenamientos de tradición romano-germánica que habían tomado a los norteamericanos por modelo. Asimismo, nos compete analizar la legalidad o ilegalidad de la FUP en nuestra legislación para determinar el sistema bajo el cual debe estudiarse por parte de nuestras autoridades de competencia. Abordaremos: 1) La práctica de fijación unilateral de precios en EE.UU.; 2) La práctica de FUP en Colombia, y dentro de ésta, las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia aplicables a la FUPy, finalmente, la normativa sobre la FUP propiamente que rige en nuestro país. Todo lo anterior con miras a extraer unas cuantas conclusiones sobre el tema.

1. LA PRÁCTICA DE FIJACIÓN UNILATERAL DE PRECIOS EN EE.UU.

Si bien pueden hallarse algunos fundamentos de la FUP en la Ley Sherman de 1890, el “Clayton Act” de 1914 y la intervención de la “Federal Trade Comision”, su desarrollo es en gran medida jurisprudencial. Así, sólo un *estudio contextualizado del fallo* Leegin dará luces sobre un giro de tales magnitudes, tal vez demostrando que no fue tan radical como lo afirman las opiniones disidentes del mismo fallo.

*1911- Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*⁷: la Corte dijo que un contrato celebrado entre un fabricante y el distribuidor de su producto, en el cual

5 N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

6 *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36, 49 (1977). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

7 SULLIVAN, E. THOMAS; HOVENKAMP, HERBERT. “Antitrust Law Policy and Procedure”. The Michie Company. 1984, pág. 16 y sigs., pág. 287. Puede verse el texto del caso. 220 U.S. 373 (1911). Citado por: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. CEDEC III, pág. 140.

se le exigía a este último vender a un precio determinado, era inaplicable por violar la Ley Sherman. La Corte prohibió la práctica por cuanto presumió que los únicos distribuidores que podrían obtener beneficios de los precios establecidos por el acuerdo eran algunos “preferidos”⁸. Se trata del primer fallo de la Corte Suprema que declaró la ilegalidad *per se* de la fijación vertical de precios mínimos, y por ello la misma Corte reconoció en 2007 que no estaba escribiendo sobre una “pizarra limpia”, pues la decisión en *Dr. MILES* tenía ya casi un siglo⁹. El juez BREYER en su opinión disidente (a la cual se unieron los jueces STEVENS, SOUTER y GINSBURG) ahondó en el asunto, afirmando que no se estaba escribiendo sobre una “pizarra en blanco, sino sobre una pizarra que comienza con *Dr. MILES* y continúa con una lista de un siglo de casos similares, muchos consejos que los abogados han dado a sus clientes y un indecible número de decisiones de negocios que esos clientes han tomado con base en esos consejos¹⁰”.

Si bien se mantuvo la doctrina de *Dr. MILES* en muchos casos, entre ellos la decisión *Monsanto Co. v. Spray Rite Service Corporation*, lo cierto es que una revisión de la jurisprudencia *antitrust* sugiere que lo que para nosotros constituye la *ratio* y la parte motiva de *Dr. MILES* ya había sido “erosionada” por otras decisiones de la Corte Suprema mucho antes del caso *Leegin*. Esto es claro por cuanto *Dr. MILES* no distinguió entre fijación horizontal de precios (acuerdos entre firmas ubicadas en el mismo nivel de distribución, como las colusiones entre franquiciantes o productores), y fijación vertical de precios (restricciones impuestas por una firma en un nivel, o firmas en diferentes niveles)¹¹.

*1919- Colgate y Co. v. US*¹²: poco después de *Dr. MILES*, ya la Corte Suprema estaba creando su principal excepción al permitírsele al productor (*Colgate*) negarse a contratar, más precisamente, rehusarse a venderle el producto a los distribuidores que no lo vendieran al precio unilateralmente fijado por aquél. La Corte dijo que el § 1 de la Ley Sherman no prohibía al productor crear una política de precios de

8 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, *op. cit.*, pág. 140.

9 Supreme Court of the United States. Syllabus: *Leegin Creative Leather Products, inc. V. PSKS, Inc., DBA KAY’S Kloset... Kay’s shoes*. Syllabus. Certiorari to the United States Court of appeals for the fifth circuit No. 06-480. Argued March 26, 2007-Decided June 28, 2007. Opinion of the Court. IV. (La traducción es nuestra).

10 BREYER, J., Dissenting. Supreme Court of the United States. *Leegin Creative Leather Products, inc. V. PSKS, Inc., DBA Kay’s Kloset... Kay’s shoes*. Certiorari to the United States Court of appeals for the fifth circuit n° 06-480. Justice Breyer, with whom Justice Stevens, Justice Souter, and Justice Ginsburg join, dissenting. (La traducción es nuestra).

11 LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 2. (La traducción es nuestra).

12 SULLIVAN, E. THOMAS; HOVENKAMP, HERBERT, *op. cit.*, pág. 301. Puede verse el texto del caso. 250 U.S. 300 (1919). Citado por: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, *op. cit.*, pág. 140.

reventa y luego negarse a negociar con los distribuidores que no se adhieran a dicha política. A diferencia del fallo de 1911, ahora sí distinguió entre conducta unilateral (lícita) y actividad concertada (ilícita)¹³, distinción que la Corte consideró fiel al texto del § 1 de la Ley Sherman, que sólo prohíbe contratos, combinaciones o conspiraciones que restrinjan la competencia. Pues bien, la División *Antitrust* del Departamento de Justicia se valdría de esta distinción para adoptar una posición excesivamente agresiva a mediados de los noventa, consistente en perseguir los meros *intentos fallidos* de realizar tales acuerdos de fijación de precios¹⁴. Si bien la Corte absolvió a Colgate arguyendo que no hubo pacto o acuerdo¹⁵, autores como LOCKERBY afirman que la distinción entre conducta unilateral y actividad concertada no es clara, sobre todo cuando se trata de actividades de persuasión o presión sin claridad de si existe o no coerción. El fallo *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corporation (1984)* aclaró el asunto, al dejar por sentado que:

“Bajo Colgate, el productor puede anunciar sus precios de reventa por anticipado y rehusarse a negociar con quienes no lo cumplan. Y un distribuidor es libre para someterse a las peticiones del productor para evitar la terminación¹⁶”.

Adicionalmente, la doctrina de la negativa unilateral a contratar formulada por Colgate permite al productor un limitado control de precios. Lo anterior se mantuvo en ciertos fallos, incluso aquellos que como *United States v. Parke, Davis & Co.*¹⁷, que declararon ilegales todas las medidas coercitivas mediante las cuales “el productor asegura adhesión a sus precios sugeridos a través de medios que exceden

13 LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 2. (La traducción es nuestra).

14 La revista *Forbes* llamó “Tough Guys” a la División Antitrust del Departamento de Justicia, refiriéndose a la postura agresiva de perseguir las fallidas violaciones al antitrust, pero al redactar el Sherman Act el Congreso específicamente escogió no prohibir ese mero intento, lo cual no se subsume en la prohibición de fijación de precios de la sección primera del Sherman Act. Véase: PALEY, MICHAEL D., *Prosecuting failed attempts to fix prices as violations of the mail and wire fraud statutes: Elliotness is back!* Washington University Law Quarterly, n° 73. Spring, 1995, pág. 333.

Para una opinión disidente, véase CONNOLLY, ROBERT E., *Do schemes to rig bids and/or fix prices constitute fraud?* Practising Law Institute, n° 795, pág. 498. Para este autor, es correcto el proceder de las autoridades de competencia al perseguir los intentos de fijar precios, pues considera que en el contexto de la economía americana se trata de modalidades de fraude destinados a privar a los consumidores de ingresos mediante engaños. Según él, tales prácticas son ilegales incluso antes del Sherman Act porque el consumidor era defraudado en su derecho a comprar y vender en un ambiente competitivo, así que caería bajo fraude.

15 Según ALFONSO MIRANDA, “el principio contenido en el caso Colgate ha sido implantado entre nosotros, aunque en forma restringida, en el art. 9° de la Ley 155 de 1959...”. *Op. cit.*, pág. 140.

16 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984). (La traducción es nuestra).

17 Citado por: BENDER, ALBERT C. *Consignment device for retail price maintenance invalidated by Supreme Court.* Stanford Law Review, n° 17. March 1965, pág. 519. (La traducción es nuestra).

su *mera declinación* a vender al cliente que no observe la política anunciada por aquél¹⁸”.

Según LOCKERBY, la decisión de 1919 fue fundamental en el fallo LEEGIN, el cual “ha podido decidirse únicamente con base en Colgate¹⁹.” Aunque una afirmación como esta es bastante exagerada al desconocer ochenta y ocho años de producción jurisprudencial en un país basado en el *case law*, no puede desconocerse que la defensa arguyó que su política de FUP era permitida bajo la doctrina Colgate. Aún así, la Corte centró su estudio en torno al sistema de análisis que debía aplicarse, por ser el asunto debatido en la apelación de LEEGIN. Por eso su decisión no se basó en la distinción entre una FUP (lícita bajo la doctrina Colgate) y un *acuerdo* vertical de fijación de precios con los distribuidores (ilegal *per se* bajo Dr. MILES²⁰), porque en últimas los efectos económicos de una y otra forma de fijar precios eran los mismos. Esto es esencial si recordamos que la **regla *per se*** está reservada para restricciones que siempre o casi siempre tiendan a restringir o disminuir el egreso²¹. Se utiliza, entonces, para acuerdos y prácticas que no requieren un elaborado estudio de la industria para concluir sobre su ilegalidad, porque

“Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la Regla de la Razón lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional”²².

Aunque el fallo Colgate fue el primer retroceso respecto a Dr. MILES, no hubo una verdadera ruptura del escrutinio bajo la regla *per se* en asuntos que luego afectarían la FUP sino hasta...

18 BENDER, ALBERT C., *op. cit.*, pág. 519. Además, véase: US v. A. Schrader’s Son, Inc., 252 US 85 (1920), y FTC v. Beech-Nut Parking Co., 257 US 441 (1922), que reducen la doctrina Colgate a una mera excepción limitada a la política general que niega la posibilidad de fijar precios, tal y como lo expresó Dr. Miles Co. v. John d. Park & Sons, 220 U.S. 373 (1911), citados por el mismo autor.

19 LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, p. 3. (La traducción es nuestra).

20 La ilegalidad *per se* de los acuerdos verticales de fijación de precios fue reiterada en fallos como *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13 (1964), en el que la Corte Suprema adujo que el sistema de venta por consignación implantado por la *Union Oil Company*, que le permitía a ésta fijar los precios a los distribuidores y vendedores de la gasolina vendida por consignación en estaciones de servicios era coercitivo y violaba la sección 1 del Sherman Act. Citado por: BENDER, ALBERT C., *op. cit.*, pág. 519. (La traducción es nuestra).

21 *Leegin Creative Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2722 (2007). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 3. (La traducción es nuestra).

22 *Arizona v. Maricopa County Medical Society*. SULLIVAN, E. THOMAS, HOVENKAMP, HERBERT, *op. cit.*, pág. 196. Puede verse el texto del caso. 457 U.S. 332 (1982). Citado por: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El Régimen General de la Libre Competencia”. CEDEC III, pág. 18.

1977- *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*²³: “Sylvania era una pequeña fábrica de televisiones con una participación del 2% en el mercado, que decidió disminuir la competencia entre sus distribuidores con el fin de que pudieran competir más agresivamente contra otras marcas²⁴”. Para este fin se dividió el mercado en regiones geográficas, logrando así un incremento de 5% en la participación de Sylvania en el mercado global. Cuando la fábrica nombró a otro distribuidor en un área ya asignada, el afectado reaccionó abriendo un puesto de ventas fuera de su región, a lo cual Sylvania respondió reduciendo el suministro y luego terminando la franquicia²⁵.

Al decidir, la Corte sostuvo que las restricciones verticales diferentes a la fijación de precios se juzgarían, en adelante, bajo la *regla de la razón*. Aunque en ese momento no se habló de la FUP, traemos a colación el razonamiento porque la Corte sostuvo que la principal preocupación de la normativa *antitrust* era la competencia intermarcaria (entre vendedores de diferentes marcas), la cual podría resultar promovida por restricciones verticales diferentes a la fijación de precios al permitirle al productor alcanzar ciertos niveles de eficiencia en la distribución de sus productos²⁶. Resulta pertinente citar este caso por cuanto el fallo Leegin alude a las justificaciones procompetitivas de restricciones verticales diferentes a la fijación de precios que se habían citado en este fallo del setenta y siete, concluyendo que todas ellas eran aplicables para las restricciones verticales consistentes en la fijación de precios: en uno y otro caso, la eliminación de la competencia intramarcaria por precios “incentiva a los distribuidores a invertir en servicios tangibles e intangibles o en esfuerzos promocionales que ayudan la posición del productor frente a los productores rivales”²⁷; al paso que la fijación de precios dota al consumidor de más opciones, ya que pueden elegir entre precios bajos, medios o altos según la marca; se elimina el *free riding* de los competidores en el mismo nivel; aumenta la competencia intermarcaria facilitando la entrada de nuevas firmas y marcas e incentivando a los distribuidores a prestar servicios adicionales²⁸ empleando su propia iniciativa y experiencia.

23 SULLIVAN, E. THOMAS, HOVENKAMP, HERBERT, pág. 315. Puede verse el texto del caso. 433 U.S. 36 (1977). Citado por: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”, *op. cit.*, pág. 137.

24 IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, La práctica de fijación unilateral de precios (FUP) y su aplicación en Colombia. CEDEC IV. Bogotá, agosto de 1999, pág. 2.

25 *Ibidem.*, pág. 2.

26 *Cont'l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 54 (1977).

27 Leegin, 127 S. Ct. at 2715. Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 4. (La traducción es nuestra).

28 *Ibidem.* (La traducción es nuestra).

Jurisprudencia de transición: durante los treinta años que transcurrieron entre el fallo de GTE Sylvania y el célebre fallo Leegin, se produjeron avances jurisprudenciales paulatinos que finalmente desembocaron en el giro jurisprudencial de 2007 y que le restan el carácter revolucionario o reformista que quiere endilgársele a este último. A saber:

1. La decisión de 1984 en *Spray-Rite* según la cual, bajo la doctrina *Colgate*, el hecho que una franquicia fuera terminada como consecuencia de las quejas de otros franquiciados sobre los descuentos del terminado no es prueba suficiente de una acción concertada.
2. La decisión de 1988 en *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, según la cual para ser ilegal *per se*, una restricción vertical a la competencia tiene que incluir algún tipo de acuerdo sobre el precio o niveles de precios.
3. El fallo *Atlantic Richfield Co. v. U.S.A. Petroleum Co.* (Arco, 1990), en el que se sostuvo que: (1) los competidores de una franquiciante y sus franquiciados generalmente carecen de fundamentos para demandar por la fijación máxima de precios de reventa entre la franquiciante y un franquiciado, siempre que no estén vendiendo por debajo de los costos; y (2) los propios franquiciados también carecen de fundamentos para alegar una fijación vertical de precios máximos salvo en ciertas circunstancias, aunado a la inhabilidad de los franquiciados de proveer los servicios necesarios en conjunto con la venta de productos a los bajos precios supuestamente fijados por la franquiciante.
4. La decisión de 1997 en *State Oil Co. v. Khan*, en la que se sostuvo que la fijación de precios máximos de reventa dejaba de ser *per se* ilegal²⁹.

State Oil Co. v. Barkat Khan: vale la pena extendernos un poco respecto de este fallo. En 1997, la Suprema Corte de Justicia modificó una doctrina que había sostenido desde 1968 en el caso *Albrecht v. Herald Co.* en el cual la había sostenido que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos eran ilegales *per se*. “En efecto, en este caso, el más importante en los últimos años, la Corte estableció que los acuerdos verticales de fijación de precios máximos al público debían ser analizados bajo la regla de la razón y no bajo la regla *per se*. El motivo de este cambio jurisprudencial es que la Corte no pudo continuar sosteniendo que los acuerdos para la fijación de precios máximos eran tan irremediadamente

29 LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 5. (La traducción es nuestra).

anticompetitivos, que los jueces no deberían gastar tiempo y esfuerzo en la investigación de cualquier posible efecto procompetitivo o en favor de los consumidores. Por el contrario, la fijación concertada de precios máximos de venta al público beneficia a los consumidores, porque los fabricantes o distribuidores mayoristas obligan a los distribuidores minoristas a compartir con los consumidores las eficiencias y ganancias que se producen al nivel mayorista³⁰”.

Como vemos, la jurisprudencia fue abriendo el paso para el tránsito hacia la *regla de la razón*, basada en la determinación “de tres aspectos fundamentales por parte de la autoridad de la competencia, como son el propósito, la naturaleza y el efecto de la práctica bajo estudio. En este tipo de investigación resulta válido por lo tanto, que la autoridad evalúe los efectos anticompetitivos versus los procompetitivos de la práctica en cuestión³¹”.

Visto este contexto, pueden descartarse gran parte de los argumentos de la disidencia respecto del giro en mención. El juez BREYER, después de “reconocer” las consecuencias adversas de seguir sometido al sistema *per se* de análisis (decimos “reconocer” porque la opinión disidente se limita a relatar los argumentos usualmente empleados en contra del sistema *per se*, pero con ello revela las flaquezas de sus propias críticas), arguye que “la economía debe informar la ley *antitrust*. Pero la ley *antitrust* no puede y no debe replicar las apreciaciones (a veces conflictivas) de los economistas...porque la ley, a diferencia de la economía, es un sistema administrativo cuyos efectos dependen únicamente del contenido de reglas y precedentes tal y como son aplicados por jueces y jurados...”³². Empero, como quedó sentado páginas atrás, esos precedentes y la aplicación de reglas fue precisamente lo que abrió paso lentamente a incorporar los razonamientos económicos y virar en la forma en que lo hizo la Suprema Corte.

Así, superadas a nuestro entender gran parte de las críticas de la disidencia y la academia (la National Association of Attorneys General - NAAG fue un gran opositor), queda a la doctrina interpretar el alcance del fallo. Lo principal es aclarar que Leegin no da vía libre a la fijación de precios mínimos de reventa, como podría pensarse. Si bien se dificultó la prueba de su ilegalidad, la práctica será ilegal bajo la *regla de la razón* cuando sus efectos anticompetitivos excedan los efectos procompetitivos. Por algo en el mismo fallo Leegin se destacan algunos casos en que ello ocurriría, a saber:

30 IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *op. cit.*, pág. 2.

31 *Ibidem.*, pág. 2.

32 BREYER, J., *Dissenting, op. cit.*, pág. 16. (La traducción es nuestra; cursiva fuera de texto).

1. Si la fijación de precios es utilizada para facilitar un cartel de productores³³: permitiría al cartel identificar a productores que se benefician de los menores precios ofrecidos³⁴.
2. Si la fijación de precios es utilizada para organizar carteles de distribuidores o vendedores³⁵: podría haber colusión en este nivel para fijar el precio al consumidor y luego obligar al productor a apoyar este acuerdo ilegal mediante la fijación de precios de reventa, aumentando las ganancias de distribuidores o vendedores ineficientes³⁶.
3. Si facilita al productor o vendedor/distribuidor con posición dominante en el mercado la comisión de abusos³⁷. Un vendedor, v.gr., podría pedir la fijación de precios para prevenir innovaciones en la distribución que pudieran bajar los costos para los demás, quedando obligado el productor que no pueda prescindir de ese canal de distribución³⁸.

De hecho, la academia ha afirmado que “cuando la fijación de precios de reventa facilita un cartel horizontal, la fijación horizontal de precios sigue siendo ilegal *per se* como lo era en *Dr. MILES* (1911). Un vendedor dominante con poder monopolístico incurre en intento o conspiración para monopolizar, violando el § 2 del Sherman Act. Y el abuso del poder de mercado puede, en ciertas circunstancias, ser ilegal *per se* bajo el § 1 del Sherman Act o como negociación exclusiva que viola el § 3 del Clayton Act³⁹”. Sin que sea necesario abordar todas las formas de ilegalidad en que podría incurrirse mediante esta práctica, basta decir que la Corte no pretendió modificar la ley *antitrust*, como alegan, sino que dejó a discreción de las autoridades la persecución de estas prácticas.

Frente a la preocupación de la disidencia respecto de los contratos que ya se han decidido con base en la doctrina *per se*, basta afirmar que los pactos de no-fijación de precios no han sido modificados por el fallo en cuestión, puesto que el hecho que no sea *per se* ilegal no significa que *tengan* que permitirse estas prácticas,

33 *Leegin Creative Leather Products, inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay's Kloset... Kay's shoes, op. cit.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

34 *Ibidem.*, pág. 7. (La traducción es nuestra).

35 *Ibidem.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

36 *Ibidem.*, pág. 7. (La traducción es nuestra).

37 *Ibidem.*, pág. 1. (La traducción es nuestra).

38 *Ibidem.*, pág. 7. (La traducción es nuestra).

39 LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 6. (La traducción es nuestra).

pues las partes pueden pactar libremente en los contratos la abstención de tal conducta⁴⁰.

2. LA PRÁCTICA DE FUP EN COLOMBIA

a. Normas sobre prácticas restrictivas de la competencia aplicables a la FUP

Para comprender la regulación sobre la práctica de FUP en Colombia y la discutida vigencia del Art. 9 de la Ley 155/59, es menester recorrer las principales normas sobre prácticas restrictivas de la competencia que resulten pertinentes para nuestros propósitos.

Sobre prácticas restrictivas de la libre competencia⁴¹:

Ley 155 de 1959 art. 1º- Modificado. D.E. 3307/63, art. 1º. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Decreto 2153/92 Art. 46: en los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

“La proscripción de las prácticas comerciales restrictivas, encuentra su fundamento en la necesidad de protección de la libre competencia, de todas aquellas fallas que se presentan en el mercado, causadas por un participante de manera individual o por un conjunto de participantes, bien sea mediante conductas tendientes a la creación de barreras al comercio o a la adopción de acuerdos⁴²”. Esta prohibición

40 *Ibidem.*, 7. (La traducción es nuestra).

41 GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA; MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, “Análisis comparativo de las normas de competencia en la legislación colombiana, el Acuerdo de Complementación Económica entre MERCOSUR y los países miembros de la Comunidad Andina, las decisiones de la CAN en materia de Prácticas comerciales restrictivas, el tercer borrador del ALCA, el TLC Chile-EE.UU. y el CAFTA y proyección del capítulo de competencia del TLC Colombia-EE.UU.” (tesis) Pontificia Universidad Javeriana, 2005, págs. 25 y sigs.

42 ARCHILA PEÑALOSA, EMILIO JOSÉ, “CEDEC”. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Colección Seminarios, n° 5, 1ª edición 1996, Bogotá D. C., JAVEGRAF, pág. 77. Citado por GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA; MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, *op. cit.*, pág. 40.

genérica cobija conductas no tipificadas, aunque el acuerdo de complementación económica entre los Estados partes del MERCOSUR y la CAN en su art. 17 intenta alentar a las partes para que establezcan un marco jurídico en el que se proscriban todas las prácticas que restrinjan o tiendan a restringir la libre competencia.

Actos: están definidos en la legislación colombiana y en la CAN y se entiende por acto todo comportamiento unilateral.

Decreto 2153/92 art. 45. Num. 2. Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.

Control: decreto 2153/92 art. 45. Num. 4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Posición dominante: es la posibilidad de poder actuar de manera independiente sin tener en cuenta a los demás competidores y de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

Decreto 2153/92 art. 45. Num. 5. Posición dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. }

b. Normativa sobre la FUP Colombia

De las normas enunciadas en el acápite anterior se deduce que un análisis laxo de la normatividad vigente permitiría, *en principio*, subsumir la práctica de FUP en la prohibición general del art. 1 de la Ley 155/59 que prohíbe "...toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos", tanto unilaterales como concertadas; al paso que el art. 46 del D. 2153 de 1992 prohíbe las *conductas* que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito. No obstante, "[e]stas prohibiciones generales son aplicables a cualquier tipo de conducta restrictiva de la libre competencia que no se encuentre expresamente consagrada en los artículos 47, 48, 50 y 51 del decreto 2153 de 1992, o en alguna parte de la Ley 155 de 1959". Esto no sucede en el caso de la FUP, dado que el fenómeno de la FUP en el derecho colombiano se encuentra por lo menos parcialmente sometido a la regla de legalidad *per se*⁴³ por virtud del artículo 9° de la Ley 155 de 1959.

43 IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *op. cit.*, pág. 7.

Art. 9° de la Ley 155/59: “Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidores, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal”.

Además, a diferencia de lo que sucede con los *acuerdos* verticales u horizontales que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios (art. 47-1, decreto 2153/93⁴⁴) —que son considerados prácticas restrictivas de la competencia—, no ocurre lo mismo respecto de la práctica *unilateral* de fijación de precios. Y no podría ser igual, pues mientras que el art. 47-1 consagra una disposición de carácter “*objetivo y ex ante*” cuyas conductas se sujetan al escrutinio de la *regla per se* para evitar acuerdos colusivos que restrinjan la competencia y disminuyan la eficiencia de los mercados⁴⁵, no existe prohibición equivalente en materia de FUP en la legislación nacional sino que parece evidente su legalidad bajo el citado artículo noveno.

Sin embargo, hay quienes han interpretado aisladamente el numeral segundo del art. 48⁴⁶ contenido en el decreto 2153/92 para concluir que en Colombia está prohibida la FUP, cuando la norma citada no habla de una fijación del precio sino una influencia en su fijación por parte de la empresa. Para sustentar una posición como la anterior, ANA MARÍA GONZÁLEZ y VIVIANA MOYANO acudieron a conceptos de la SIC, asegurando que

“la fijación unilateral de precios por parte de un productor para con los distribuidores, mayoristas y expendedores, equivaldría en últimas a acceder a que un tercero los influencie a incrementar los precios o desistir de su intención de rebajarlos, lo cual constituiría una práctica contraria a la libre competencia⁴⁷”, nada de lo cual se deriva de la norma en comento.

44 El art. 4, inc. a. de la Decisión 285 de la CAN incluye dentro de los acuerdos, toda manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales. Esta disposición es acorde con la colombiana, salvo en su carácter *ex post* (corrige perjuicios o amenazas de perjuicios sin atacar la práctica restrictiva en sí misma), subsanado por la Decisión 608 que la sustituyó. GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA; MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, *op. cit.*, pág. 45.

45 GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA; MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, *op. cit.*, pág. 45.

46 Artículo 48. Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:(...) 2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.

47 IBARRA PARDO, GABRIEL y MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, CEDEC IV. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia, 2002. Compilación documentos sobre derecho de la competencia. Colección Seminarios, n° 12, 1ª edición 2000, Bogotá D. C., JAVEGRAF, pág. 70. Citado por: GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA; MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, *op. cit.*, pág. 58.

Posiciones como la anterior, sumadas a las múltiples discusiones doctrinarias en torno al asunto, ameritan realizar un estudio sobre la *vigencia del citado artículo noveno* y, con él, sobre la legalidad de las prácticas de FUP en el marco de Derecho de la Competencia en Colombia. Algunos autores hablan de la posible derogatoria parcial del artículo 9 por los artículos 18 y 20 del Decreto Especial 3466 de 1982 (Estatuto de Protección al Consumidor); de su posible incompatibilidad con el decreto 2153 de 1992 o incluso su derogatoria total con la expedición del Código de Comercio. Dada la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales definitivos en torno a este asunto, queda a la doctrina interpretar la normatividad vigente para determinar la legalidad o ilegalidad de la conducta. Para ilustrar el asunto, luego de transcribir las normas en cuestión, acudiremos a algunos pronunciamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio, agregando reflexiones personales cuando ello resulte pertinente.

Ley 155 de 1959. Artículo 9.- Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidoras, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.

Artículo 18. Obligación de fijar los precios máximos al público. Todo proveedor o expendedor está *obligado* a fijar los precios máximos al público de los bienes o servicios que ofrezca para lo cual puede elegir, según la reglamentación de la autoridad competente o, a falta de ésta, según sus posibilidades o conveniencias, el sistema de fijación en listas o el de fijación en los bienes mismos.

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

Artículo 20. Sistema de fijación de precios en los bienes mismos. Se entiende por sistema de fijación de precios en los bienes mismos la indicación que de dichos precios hagan los productores, proveedores o expendedores en el empaque, el envase o el cuerpo del bien o en etiquetas adheridas a cualquiera de ellos.

La utilización de este sistema es obligatoria para todos los bienes procesados, transformados o manufacturados y para los que determine la autoridad competente⁴⁸.

⁴⁸ El inciso 1o. del art. 20 fue modificado por el artículo 116 del decreto 266 de 2000, publicado en el *Diario Oficial* n° 43.906 del 22 de febrero de 2000. Sin embargo, este decreto modificador fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1316-00 del 26 de septiembre de 2000, MP Dr. CARLOS GAVIRIA. A partir de su promulgación.

La doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido variante en este punto. En conceptos como el del *17 de febrero de 1994 (94006125)*, esta entidad consideró que el artículo noveno de la Ley 155 de 1959 había quedado derogado al expedirse el Código de Comercio, cuyo título V del libro primero reguló íntegramente la competencia desleal en vista de que el “Código regula íntegramente las materias contempladas en él...” (Art. 2033 C.Co). Por eso consideró la Superintendencia que, de las normas protectoras de la competencia contenidas en la Ley 155 de 1959, debíamos sustraer como no vigentes las de competencia desleal que habían quedado remplazadas por las de los artículos 75 y 77 del C.Co.

Y dentro de tales normas de competencia desleal estaba el mencionado artículo noveno, no porque así lo hubiere hecho explícito el legislador, sino porque —según se sostiene en este concepto— ello deriva de la naturaleza de la norma. En dicha oportunidad, el entonces superintendente delegado para la Promoción de la Competencia, EMILIO JOSÉ ARCHILA concluyó que se trataba de una actitud desleal y no una práctica restrictiva, siguiendo el siguiente raciocinio:

- a. Una actuación de este estilo no implica un ataque al mercado mismo y a la competencia, sino a los competidores. En efecto, el mercado y su normal comportamiento no sufrirá ninguna mengua por el hecho de que cada participante esté en libertad de ofrecer el precio que considere mejor sirve sus intereses.
- b. De otra parte, la remisión expresa que en la norma original existió a las sanciones previstas para los casos de competencia desleal implica:
 1. De una parte que la conducta sería reprehensible puesto que se consideraba que vender a un precio diferente de aquel al que todos esperaban hacerlo, no era una manera leal de competir.
 2. Que para reprender ese modo de manejarse, la autoridad que corresponda seguirá los procedimientos y se contará con las facultades establecidas para combatir la competencia desleal⁴⁹.

Al respecto, conviene aclarar que la norma en comentario hace parte de una ley “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, y la conducta consagrada en el artículo noveno no corresponde a una de competencia desleal sino a una práctica restrictiva de la competencia —y así lo ha entendido la doctrina—, incluso si las sanciones aplicables por incurrir en ella fueren las mismas

49 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 94006125 del 17 de febrero de 1994. 1000/027414. Santa Fe de Bogotá, D. C., 5 de mayo de 1994. Referencia: Comunicación radicada el 17 de febrero de 1994 bajo el número 94006125.

que para las conductas de competencia desleal. Pero cuando el legislador sometió ambas conductas al mismo régimen sancionatorio no pretendió homogeneizar estas vertientes del derecho de la competencia ni desnaturalizarlas, por tanto carece de sustento el argumento sobre la derogatoria de tal artículo por virtud de la expedición del actual Código de Comercio.

Más adelante, en *Concepto 98053021 del 28 de octubre de 1998* la entonces superintendente delegada para la Promoción de la Competencia (e) respondió una solicitud atinente —entre otras cosas— a la vigencia del artículo 9 de la Ley 155 de 1959, diciendo únicamente que tal norma tenía que interpretarse en concordancia con el D. 2153/92. Sin embargo, esta conclusión y las motivaciones aportadas implican la vigencia de la norma, “reviviendo” así una disposición una cuya muerte jurídica se había dictaminado en el seno de esa misma entidad años atrás. Para concluir lo antedicho, se adujo que “[l]os artículos 71 y 72 del Código Civil establecen que hay derogación tácita de una norma cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con la ley anterior, *aclarando que deja vigente en las leyes anteriores todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley*. Con idéntico criterio, los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887 establecen el principio de prevalencia de la ley posterior, limitando su alcance a aquellos casos donde no exista una declaración expresa del legislador, o cuando exista una nueva ley que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería. *Ello implica que si las materias son diferentes y si el nuevo estatuto no reglamenta los puntos concretos que se ocupaban los anteriores preceptos, subsistirán estos últimos*⁵⁰”.

Al tratar específicamente el artículo 9° de la Ley 155/59, se estableció que como la norma general era la prohibición de *acuerdos* de fijación de precios para empresas industriales, “[e]n la medida que la fijación de precios sean *unilaterales* de un empresario, consideramos que no constituye infracción a las normas de competencia. De tal manera el artículo 9 de la Ley 155 de 1959 debe ser interpretado como una conducta unilateral del empresario y no bilateral. De la misma manera, el decreto 3466 de 1982 señala que el productor o expendedor está obligado a fijar los precios máximos al público. De acuerdo con el análisis anterior, el artículo 9 debe ser interpretado en concordancia con los decretos 3466 de 1982 y 2153 de 1992. Una interpretación distinta es contraria a las disposiciones contenidas en las normas de promoción de la competencia”. Es loable la interpretación armónica que se intenta en dicho concepto, pese a desconocer previos conceptos de la SIC. Y fue

50 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 98053021 del 28 de octubre de 1998. Radicación: 98053021 000004 Folios: 4; fecha 1998-10-28 18:14:50, Trámite: 116 Comunicado 034 Respuesta, Dependencia: 1010 División Promoción Competencia. (Subrayado fuera de texto).

probablemente ese reconocimiento de conceptos anteriores contradictorios, o tal vez la necesidad evitar consecuencias futuras ante la indefinición en la posición de la entidad, que Álvarez remata el concepto recordando que “[e]n los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, el presente concepto no compromete la responsabilidad de la entidad ni será de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Una posición semejante se sentó en el *Concepto 00035872 del 14 de junio de 2000*, ahora desde la Oficina Asesora Jurídica de la SIC. Su jefe (e) se basó en la Constitución Política, el decreto 2153 de 1992, la Ley 155 de 1959, el decreto 3466 de 1982 y el decreto 266 de 2000 para concluir que la venta de algunos bienes por debajo del precio sugerido por los productores, de parte de ciertos proveedores y ciertos expendedores, no infringía el régimen de protección al consumidor.

Partiendo de la libertad de precios como regla general dentro del mercado colombiano (derivada de la libertad en la actividad económica e iniciativa privada dentro de los límites determinados por la ley), se conceptuó que el precio no debía convertirse en un instrumento mediante el cual se alteraran o perturbaran las condiciones de libertad y lealtad bajo las cuales debía operar la competencia. Más importante aún resulta el análisis de vigencia del decreto 266 de 2000 que, al modificar el decreto 3466 de 1982, “eliminó la obligación para el productor de fijar precios y radicó esta facultad exclusivamente en los proveedores o expendedores (...)”.

En consecuencia, el productor tiene la *potestad* de sugerir el precio del producto, conducta que por sí misma no constituye una infracción al régimen de competencia. De acuerdo con lo anterior, cuando el productor establezca el precio del producto únicamente será a modo de precio sugerido y por lo tanto, no obligatorio para los proveedores y expendedores, quienes como ya se dijo, deben fijar los precios libremente⁵¹. Como vemos, esto hace referencia a la derogatoria del inciso 2° del art. 18 del D. 3466 de 1982 por parte del Decreto Extraordinario 266 de 2000 (inicialmente derogado por el art. 235 del Decreto Extraordinario 1122 de 1999, pero éste último fue declarado inexecutable en la sentencia C-702/99). Si bien una declaración como la anterior era procedente para la fecha de publicación del concepto, el 14 de julio del 2000, también el decreto 266 de 1999 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1316/00 unos meses después del concepto (la sentencia es del 26 de septiembre de 2000), quedando incólume la norma original. Con ello resurgió inevitablemente la obligación del productor de fijar precios de venta al público, lo cual no pugna con el artículo 155 de 1959. En tal

51 Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00035872 del 14 de junio de 2000. Radicación: 00035872; Trámite: 113; 010 / Santa Fe de Bogotá.

caso, el precio fijado por el productor o fabricante es el precio de venta máximo al público, el cual debe ser respetado por los proveedores o expendedores de los bienes⁵². Lo curioso es que en los conceptos posteriores de la SIC no se haya tratado a profundidad la situación jurídica consolidada con la declaratoria de inexecutable del decreto 266 de 1999.

Esta sucesión medianamente errática de conceptos permite, cuando menos, deducir la vigencia del artículo 9° de la Ley 155 de 1959, sólo que interpretado en concordancia con la normativa protectora de los derechos del consumidor (D. 3466/82). No sólo es ésta la posición *aparentemente* extraíble de lo arriba citado, sino que además es la más acorde con las normas y principios generales sobre la validez de las normas en el tiempo. Por ello acogemos plenamente el concepto dictado el 28 de octubre de 1998, arriba citado, en punto de la no derogatoria de los puntos concretos de los que no se haya ocupado el nuevo estatuto.

3. CONCLUSIONES

La práctica de Fijación Unilateral de Precios ha sido analizada en el marco del derecho *antitrust* estadounidense desde principios de siglo, atravesando las evoluciones y desarrollos propios de un derecho de *common law* como aquél. Todos estos fallos, aunados a los paulatinos cambios doctrinarios, han desembocado en el reciente fallo Leegin, cuyo giro jurisprudencial permitió finalmente someter dicha práctica bajo el escrutinio de la *regla de la razón*.

Durante gran parte del siglo anterior, otras legislaciones se habían limitado a seguir más o menos de cerca las evoluciones norteamericanas, muchas veces calcando sus doctrinas sin mayores estudios del mercado local. No obstante, con el despertar del nuevo milenio y luego de recoger experiencias propias, los ordenamientos europeos y latinoamericanos han mostrado cierto distanciamiento respecto del coloso del norte, innovando en sus normativas de defensa de la competencia para hacerlas pertinentes a sus singulares estructuras de mercado y para *crear* por sí mismos. Esto ha permitido, incluso, anticiparse a los cambios norteamericanos como sucedió en Argentina en el tránsito a la *regla de la razón*, aunque aún falte mucho por avanzar en el derecho europeo para colocarse a la par de las posturas contemporáneas.

En Colombia se ha discutido mucho respecto de la legalidad o ilegalidad de la práctica en comento, de manera que sólo un estudio armónico de la legislación vigente puede arrojar luces sobre una conducta que, según algunos, es *per se legal*

52 IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *op. cit.*, pág. 9.

por no encontrarse prohibida por las normas del Estatuto del Consumidor sino, por el contrario, estar contemplada en el artículo 9° de la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas. Sin embargo, consideramos que una interpretación conforme con las nuevas tendencias mundiales y con la evolución jurisprudencial norteamericana exige su escrutinio bajo la *regla de la razón* si lo que se busca con esta normativa es “proteger al consumidor de arbitrariedades de los distribuidores, expendedores y/o mayoristas⁵³”.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHILA PEÑALOSA, EMILIO JOSÉ, “CEDEC”. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Colección Seminarios n° 5, 1ª edición 1996, Bogotá D.C. JAVEGRAF. pág. 77. Citado por GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA, MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, *op. cit.*, pág. 40.
- BENDER, ALBERT C., *Consignment device for retail price maintenance invalidated by Supreme Court*. Stanford Law Review, n° 17. March 1965.
- BREYER, J., Dissenting. Supreme Court of the United States. *Leegin Creative Leather Products, inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay’s Kloset... Kay’s shoes*. Certiorari to the United States Court of appeals for the fifth circuit n° 06-480. Justice Breyer, with whom Justice Stevens, Justice Souter, and Justice Ginsburg join, dissenting.
- cincodías.com. Competencia multa a Repsol por fijar precios a sus distribuidores (octubre de 2007). Consultado el 10 de octubre de 2007. http://www.cincodias.com/articulo/economia/Competencia/multa/Repsol/fijar/precios/distribuidores/edsedi/20010717cdscdieco_1/Tes/
- CLARE, MIGUEL ÁNGEL, “Sobre los medicamentos”. Vía Internet. (Agosto 3 de 2001) <http://mensual.prensa.com/mensual/contenido/2001/08/03/hoy/opinion/212673.html>. Consultado el 3 de octubre de 2007.
- Comisión Nacional de la Competencia. (Vía Internet). Consultado el 2 de noviembre de 2007. <http://www.cncompetencia.es/>
- CONNOLLY, ROBERT E., *Do schemes to rig bids and/or fix prices constitute fraud?* Practising Law Institute n° 795, pág. 498.
- Cont’l T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 49 (1977). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op. cit.*, pág. 1 (la traducción es nuestra).
- Congreso de la República, Ley 155 de 1959 (diciembre 14) “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.
- Corte Constitucional, Sentencia C-1316-00 del 26 de septiembre de 2000, MP Dr. CARLOS GAVIRIA.

53 IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, *op. cit.*, pág. 15.

- El País*. El Tribunal de la Competencia prohíbe a Faconauto fijar precios o márgenes (junio 15 de 1993). Consultado el 22 de octubre de 2007. http://www.elpais.com/articulo/economia/fernandez_ordonez/miguel_angel/tribunal_de_defensa_de_la_competencia/TDC/Tribunal/Competencia/prohibe/Faconauto/fijar/precios/margenes/elpepico/19930615elpepico_28/Tes/
- GONZÁLEZ GIRALDO, ANA MARÍA; MOYANO GRIMALDO, VIVIANA ROCÍO, “Análisis comparativo de las normas de competencia en la legislación colombiana, el Acuerdo de Complementación Económica entre MERCOSUR y los países miembros de la Comunidad Andina, las decisiones de la CAN en materia de Prácticas comerciales restrictivas, el tercer borrador del ALCA, el TLC Chile-EE.UU. y el CAFTA y proyección del capítulo de competencia del TLC Colombia-EE.UU.” (tesis) Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- HENDLER, EDMUNDO, “Comentarios a la ley de defensa de la competencia”, en *Revista de Doctrina Penal*, n° 13, Bs. As, Depalma, 1981; 311.
- IBARRA PARDO, GABRIEL; MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO, La práctica de fijación unilateral de precios (FUP) y su aplicación en Colombia. CEDEC IV. Bogotá, agosto de 1999.
- LOCKERBY, MICHAEL J., *Franchising after Leegin: a license to fix prices?* Franchise Law Journal. N° 27. Fall, 2007, págs. 112-127. Copyright © 2007 by American Bar Association.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. CEDEC III.
- Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 761 (1984).
- N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5 (1958). Citado por: LOCKERBY, MICHAEL J., *op cit.*, pág. 1 (la traducción es nuestra).
- PALEY, MICHAEL D., *Prosecuting failed attempts to fix prices as violations of the mail and wire fraud statutes: Elliotness is back!* Washington University Law Quarterly, n° 73. Spring, 1995.
- Presidente de la República, decreto 266 de 2000, publicado en el *Diario Oficial* n° 43.906 del 22 de febrero de 2000.
- Presidente de la República, decreto 1485 de 1996 (agosto 20) *Diario Oficial* n° 42.861, de 23 de agosto de 1996.
- Presidente de la República, decreto 2153 de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, (diciembre 30) *Diario Oficial* n° 40.704, del 31 de diciembre de 1992.
- (s.a.) 4.000 gasolineras en huelga porque quieren fijar precios. (5 de mayo de 2006) 20minutos.es. <http://www.20minutos.es/noticia/122944/0/gasolineras/huelga/precios/>
- SULLIVAN, E. THOMAS; HOVENKAMP, HERBERT, “Antitrust Law Policy and Procedure”. The Michie Company. 1984, pág. 16 y sigs., pág. 287. Citado por: MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica”. CEDEC III, pág. 140.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto número 94006125 del 17 de febrero de 1994. 1000/027414. Santa Fe de Bogotá, D. C., 5 de mayo de 1994. Referencia: Comunicación radicada el 17 de febrero de 1994 bajo el número 94006125.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto número 98053021 del 28 de octubre de 1998. Radicación: 98053021 000004 Folios: 4; fecha 1998-10-28 18:14:50. Trámite: 116 Comunicado 034 respuesta, Dependencia: 1010 División Promoción Competencia (subrayado fuera de texto).

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 00035872 del 14 de junio de 2000. Radicación: 00035872; Trámite: 113; 010/ Santa Fe de Bogotá.

Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 04049366 del 19 de julio de 2004. Radicación: 04049366. Trámite: 113. 010/ Bogotá D.C. Para mayor explicación, ver: Concepto 03017713 del 30 de abril de 2003, 010/ Bogotá D.C., Radicación: 03017713, Trámite: 113.

Supreme Court of the United States. Syllabus: Leegin Creative Leather Products, inc. *v.* PSKS, Inc., DBA KAY'S Kloset... Kay's shoes. Syllabus. Certiorari to the United States Court of appeals for the fifth circuit No. 06-480. Argued March 26, 2007-Decided June 28, 2007. Opinion of the Court. IV. (La traducción es nuestra).

TASCÓN, MARIO. Entrevista con el secretario general de comunicaciones: "José Manuel Villar: Existe la posibilidad técnica de implantar una tarifa plana". Vía Internet. (Octubre 15 de 1998). <http://www.elmundo.es/navegante/98/octubre/15/villar2.html>. Consultado el 30 de noviembre de 2007.

"VCC SA; Multicanal SA, Cablevisión TCISA y otros s/inf. Ley 22262 - Ministerio de la Producción - Sec. de Competencia, exp. 064002331/99" Causa 49426 - "VCC SA; Multicanal SA, Cablevisión TCISA y otros s/Inf. Ley 22262" - Ministerio de la Producción - Sec. de Competencia - exp. 064 - 002331/99" - CNPE - SALA B - 29/08/2003. (Vía Internet). Consultado el 3 de octubre de 2007. <http://www.catedra-piaggi.com.ar/Pages/jurisprudencia/vcc.asp>.

Wikipedia. Tribunal de Defensa de la Competencia. http://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_Defensa_de_la_Competencia

ZUNZUNEGUI, FERNANDO. "Tarjetas, euro y tasas abusivas", en RDMF *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. Vía Internet. (Diciembre de 2001) rdmf.wordpress.com y en *Expansión*, Madrid. 19 de diciembre de 2001; 54-55.

