

Fijación unilateral de precios

“...en la medida que se presente una comunidad de suerte y comunidad de riesgos entre dos agentes, cualquier tipo de fijación de precios entre ellos deja de ser restrictiva por estar en presencia de una sola unidad económica...”

El derecho de la competencia brinda como facultad a los particulares, la participación libre en un mercado. Así mismo, es la base sobre la cual descansa toda la actividad empresarial. Sin embargo los interesados deben observar en el desarrollo de esa actividad, entre otros, el orden público y las buenas costumbres.

Dentro de la facultad de participación libre, las empresas han creado canales de distribución a través de los cuales pretenden adquirir una mayor eficiencia en el sector económico donde participan. Son muchas las formas utilizadas para la distribución de un producto, celebrando una variedad de negocios jurídicos típicos o atípicos.

En la Ley 155 de 1959, así como en el Decreto 2153 de 1992 aparecen contenidos comportamientos que son considerados como restrictivos. Dentro de esa regulación se encuentra el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual están prohibidos los acuerdos que tengan como efecto o como objeto la fijación directa o indirecta de precios. En tal sentido, la descripción de la conducta pretende que exista variedad de precios en un mercado, prohibiendo aquellas concertaciones de empresas cuya finalidad sea la falta de competencia entre agentes vía precios. Ahora bien, de acuer-

do con los artículos 1519 y 1523 del Código Civil, en concordancia con los artículos 19 de la Ley 155 de 1959 y 46 del Decreto 2153 de 1992, existe objeto ilícito en los contratos que no observen el derecho público de la Nación.

Entonces, cualquier negocio mercantil celebrado entre comerciantes, sea de distribución o de otra actividad, deberá observar el contenido del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual describe el acuerdo restrictivo de precios.

Según nuestras normas, un acuerdo de precios requiere necesariamente para su configuración la presencia de dos o más empresas. Sólo existirá reproche de la conducta cuando este ingrediente subjetivo se presente. Ahora, el alcance de empresa debe ser entendido en los términos del artículo 25 del Código de Comercio, según el cual ésta significa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Por tanto, la con-



EMILIO JOSÉ ARCHILA PERALOSA
Superintendente de Industria y Comercio

figuración de acuerdo de precios se presentará cuando dos o más empresas deciden entre ellas el precio al cual serán ofrecidos sus bienes y servicios; en consecuencia, cuando no estén presentes dos o más empresas sería imposible hablar de acuerdos restrictivos.

Ahora bien, en nuestro derecho mercantil aparecen regulados negocios de distribución que permiten la posibilidad de contar con una red propia de distribución o terceros contratados para esa labor, como es la descripción señalada en el artículo 1317 del Código de Co-

mercio que contiene la definición de agencia comercial, incluyendo la posibilidad de contratar la distribución con agentes dependientes o agentes independientes. De esta manera, para el derecho de la competencia resulta de la mayor importancia determinar el vínculo que une la relación jurídica-comercial-financiera de dos participantes en el mercado, pues de ahí depende que estemos en presencia de una sola unidad económica o que existan dos a más empresas, ingrediente necesario para un acuerdo restrictivo de precios.

Al adelantar los casos de competencia, la entidad debe entender que la aplicación de las disposiciones deben procurar el cumplimiento de los objetivos señalados en el numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, esto es “mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el

mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”.

La Superintendencia de Industria y Comercio, desde 1999 adoptó parámetros para determinar la dependencia comercial entre agentes, señalando que ésta se presenta cuando existe entre ellos comunidad de riesgos y comunidad de suerte. Elementos que, según el ente de control, deben ser analizados para encontrar esa dependencia y permitir un comportamiento de unidad económica. Es decir, en la medida que se presente una comunidad de suerte y comunidad de riesgos entre dos agentes, cualquier tipo de fijación de precios entre ellos deja de ser restrictiva por estar en presencia de una sola unidad económica, lo cual desconfigura un acuerdo.

Debe entenderse que existe comunidad de suerte cuando de la distribución resulte que los agentes se presentan frente a los consumidores como una sola empresa, asumiendo una sola responsabilidad. La comunidad de riesgos se presenta cuando las situaciones de azar, utilidad o peligro sean compartidas entre los agentes económicos.

De esta manera la fijación unilateral de precios se puede presentar cuando existe un negocio de “distribución” en el sentido lato entre dos o más agentes que comparten una comunidad de riesgos y de suerte, ya que en ese negocio se está en presencia de una sola unidad económica.