

**INFLUENCIA DEL DERECHO EN LAS DECISIONES GERENCIALES DE
MERCADERO: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DEL MERCADO**

TANIA MARCELA MURCIA JIMÉNEZ

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2010

**INFLUENCIA DEL DERECHO EN LAS DECISIONES GERENCIALES DE
MERCADERO: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DEL MERCADO**

TANIA MARCELA MURCIA JIMÉNEZ

Trabajo de grado como requisito para optar al título de
Abogada

Asesor
JUAN FELIPE RESTREPO GIRALDO
Abogado

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
1. ESTRATEGIA Y SITUACIÓN ESPECÍFICA DE CADA INDUSTRIA	10
1.1 ESTRATEGIAS EN INDUSTRIAS EMERGENTES	11
1.2 ESTRATEGIAS EN INDUSTRIAS O MERCADOS TURBULENTOS (CRECIMIENTO RÁPIDO)	17
1.3 ESTRATEGIAS PARA COMPETIR EN INDUSTRIAS MADURAS	21
1.4 ESTRATEGIAS PARA EMPRESAS EN INDUSTRIAS ESTANCADAS O EN DECADENCIA	25
1.5 ESTRATEGIAS PARA COMPETIR EN INDUSTRIAS FRAGMENTADAS	28
1.6 ESTRATEGIAS PARA EMPRESAS LÍDERES DE LAS INDUSTRIAS	31
1.7 ESTRATEGIAS PARA COMPAÑÍAS QUE OCUPAN EL SEGUNDO LUGAR	33
1.8 ESTRATEGIAS PARA EMPRESAS DÉBILES QUE PASAN POR CRISIS	35
2. FENÓMENO DE LA COMPETENCIA (DESCRIPCIÓN)	37
2.1 RELACIONES ESTABLECIDAS POR LAS EMPRESAS	37
2.1.1 Relaciones y Estrategia	37
2.1.2 Relaciones Verticales	39
2.1.3 Relaciones Horizontales	40
2.1.4 Relaciones Directas o Indirectas	41
2.1.5 Relaciones Mixtas	42
2.2 CADENA ECONÓMICA Y COMPETENCIA	42
3. ESTRATEGIAS COMPETITIVAS DE LAS EMPRESAS	45
3.1 ESTRATEGIAS COMPETITIVAS	45
3.2 DESARROLLO DE LA VENTAJA COMPETITIVA	50
3.2.1 Búsqueda del Liderazgo	50
3.3 ENTORPECER LA COMPETENCIA	54
3.3.1 Primera Situación: La Empresa impide el nacimiento de un rival	54
3.3.2 Segunda Situación: La Empresa elimina el rival	55
3.3.3 Tercera Situación: Entorpecer el desarrollo del competidor	56

3.4 COMPORTAMIENTOS PUESTOS EN LA PRÁCTICA	58
4. ESTRATEGIAS DE MARKETING O DE MERCADOTECNIA	61
4.1 ANÁLISIS DE LA CARTERA DE ACTIVIDADES	61
4.1.1 Matriz “Crecimiento – Cuota de Mercado” Boston Consulting Group (BCG)	62
4.1.2 Matriz “Atractivo-Competitividad”	69
4.2 ESTRATEGIAS DE CRECIMIENTO	75
4.2.1 Crecimiento Intensivo	76
4.2.2 Estrategias de Integración	81
4.2.3 Estrategia de Crecimiento por Diversificación	83
4.3 ESTRATEGIAS COMPETITIVAS	85
4.3.1 Las Estrategias del Líder	85
4.3.2 Las Estrategias del Retador	87
4.3.3 La Estrategia del Seguidor	88
4.3.4 Las Estrategias del Especialista	90
5. DECISIONES ESTRATÉGICAS SOBRE PRECIOS	91
5.1 LA IMPORTANCIA DE LAS DECISIONES DE PRECIO	93
5.2 LOS OBJETIVOS DE LAS ESTRATEGIAS DE PRECIOS	95
5.2.1 Los Objetivos de Beneficio	96
5.2.2 Los Objetivos de Volumen	96
5.2.3 Los Objetivos centrados en la Competencia	96
5.3 EL PRECIO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA	97
5.3.1 La Anticipación de los Comportamientos Competitivos	99
5.3.2 Las Estrategias de Reducción de Precios	99
5.3.3 Las Estrategias de subida de precios	101
5.3.4 Estrategias de precios de lanzamiento de un nuevo Producto	101
5.3.5 La Estrategia de precio de Selección	101
5.3.6 La Estrategia de precio de penetración	103
6. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES, DESCRIPCIÓN Y REGULACIÓN LEGAL	105
6.1 TIPICIDAD PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES O DE MERCADO	106
6.2 DESCRIPCIÓN LEGAL DE LOS ACUERDOS (CLASIFICACIÓN)	107

6.2.1 Estructuración Jurídica (Formas de arreglo o Modalidades de Acuerdo)	109
6.2.2 Dos o más Empresas	112
6.2.3 Prohibición General de Acuerdos o Actos Restrictivos de la Competencia	113
6.3 ENUNCIACIÓN PRÁCTICAS RESTRICTIVAS	115
6.3.1 Acuerdo Restrictivo de Precios	115
6.3.2 Acuerdos Restrictivos de Condiciones de Venta	118
6.3.3 Acuerdos Restrictivos de Comercialización Discriminatoria	120
6.3.4 Acuerdos Restrictivos de Repartición de Mercados	123
6.3.5 Acuerdo de Asignación de Cuotas	128
6.3.6 Acuerdos de Reducción de Oferta	129
6.3.7 Acuerdos Restrictivos de Ventas atadas o subordinadas	131
6.3.8 Acuerdos Colusorios en Licitaciones	134
6.3.9 Acuerdos Restrictivos de Limitación en Desarrollos Técnicos	136
6.3.10 Acuerdos Restrictivos sobre fuentes de Abastecimiento de Materias Primas	137
6.3.11 Acuerdo para impedir acceso a los Mercados	138
6.4 ANTIJURIDICIDAD DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS	139
6.4.1 Libertad de Entrada de las Empresas al Mercado	140
6.4.2 Libertad de Escogencia del Consumidor	143
6.4.3 Variedad de Precios y Servicios	147
7. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE LA COMPETENCIA	149
7.1 PROCEDIMIENTO ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO: INVESTIGACIÓN DE CONDUCTAS CONTRA LA COMPETENCIA	149
7.2 ASPECTOS PROCESALES Y ETAPAS DE LA INVESTIGACION ADMINISTRATIVA	150
7.2.1 Iniciación de la actuación	150
7.2.2 Averiguación preliminar	151
7.2.3 Apertura de la investigación	151
7.2.4 Acceso al expediente	152
7.2.5 Medios probatorios	152
7.2.6 Sanciones	152

8. NOVEDADES DE LA LEY 1340 DE 2.009 (NUEVA LEY DE COMPETENCIA) SOBRE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES	154
9. CASUÍSTICA REAL PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES	161
10. CONCLUSIONES	186
BIBLIOGRAFÍA	190

INTRODUCCIÓN

Es esencia de toda empresa, de la motivación en su creación, el crecimiento de su rentabilidad y la obtención de utilidades; para lo anterior, es crucial la determinación estratégica de los precios de los productos y de los servicios que van a ofrecer en los diferentes mercados; en consecuencia, se implementan diferentes estrategias de carácter gerencial y de marketing, que les permitan esa adecuada estructuración de sus precios.

En dicha implementación de las estrategias gerenciales y de mercadeo, las empresas suelen incursionar intencionalmente o sin intención, en determinadas conductas o comportamientos que la Ley considera no son los adecuados para los mercados y que, por ende, considera ilegales y en donde la rama del Derecho, denominada Derecho de la Competencia, entra a regular y a sancionar.

Sin embargo, las empresas conocedoras de dicha situación, incursionan en tales comportamientos –con toda la intención de perjudicar el mercado y/o la competencia-, ya que en sus análisis de riesgo-beneficio, captan que los beneficios económicos que les pueden traer dichos comportamientos son ostensiblemente superiores a las diferentes sanciones a las que podrían verse sometidas por parte de las autoridades de la competencia.

La anterior situación les ha cambiado en los momentos actuales a las empresas, debido a que entró en vigencia en Colombia, la Ley 1340 de 2.009 denominada como la nueva Ley de la Competencia, la cual, entre otros aspectos, aumentó ostensiblemente las multas –montos- que pueden imponer tanto a empresas como a sus representantes legales por la realización de dichos comportamientos anticompetitivos.

Dichas conductas se evidencian en las diferentes estrategias que adoptan las empresas para la adecuada estructuración de sus precios y que éstos le resulten competitivos en el mercado; estas estrategias van desde situaciones que pueden trastornar al mercado, como a situaciones que van encaminadas directamente a perjudicar y/o afectar a sus competidores reales e inclusive potenciales.

Durante el desarrollo del presente trabajo se analizaron dichas conductas, tanto desde la perspectiva legal como la del mercadeo, para determinar si la intención de la realización de las mismas es simplemente situaciones de mercadeo o si, por el contrario, se trata de afectar directamente al mercado y a los competidores en la implementación de las mismas.

Si bien es cierto que los comportamientos regulados por la normatividad relativa a la denominada Competencia Desleal (ley 256 de 1.996 y el Acuerdo de Cartagena) pueden ser influyentes en la realización de algunas de estas conductas, el objetivo del presente trabajo no se circunscribirá a ellas, sino a los comportamientos que la normatividad sobre competencia ha denominado Prácticas Comerciales Restrictivas, por lo que intencionalmente se dejará de lado el análisis sobre la normatividad referida a la Competencia Desleal.

Es necesario acotar que no todas estas situaciones -conductas- se presentarán como anticompetitivas, que es necesario que se presenten algunos otros requisitos, brindados por las ciencias económicas, para que dichos comportamientos sean considerados reprochables por parte de la Ley.

La descripción del contexto gerencial, tanto en lo que se refiere a los aspectos relativos de Administración Estratégica y de Marketing, se realizará acudiendo para ello a las fuentes doctrinarias con mayor relevancia en el contexto académico y gerencial, obviamente con la debida referenciación y respeto a los Derechos de Autor. Dicha remisión a estas consideraciones de carácter gerencial, diferentes a

las de tipo legal, es necesaria para la respectiva ubicación y/o contextualización de las conductas o comportamientos anticompetitivos o ilegales, que precisamente se originan en decisiones gerenciales.

Igualmente a las muy valiosas observaciones efectuadas en el concepto de calificación del trabajo de grado que analiza la perspectiva legal establece la siguiente observación al mismo: se incrementa la remisión de bibliografía relacionada con el tema específico del derecho de la competencia, esto es, sobre el tema concreto del trabajo que son las prácticas restrictivas comerciales y no de los demás temas y aspectos legales que se vinculan muy estrechamente a este, cuales serían las temáticas legales referidas a la competencia desleal, a las integraciones empresariales y a las normas sobre protección al consumidor. Es por esta misma razón que no analizamos la sentencia de la Corte Constitucional

Así mismo y como aporte adicional del presente trabajo tanto a la satisfacción de requisitos para la obtención del grado profesional como Abogado, es resaltar la importancia, y aún más, la necesidad de que el profesional del Derecho expanda sus conocimientos a otras áreas o disciplinas, ya que en muchas ocasiones, éstas se interrelacionan y para su comprensión es necesario el análisis integral de las mismas; tal es el caso de las normas del Derecho de la Competencia, en donde se evidencia el entrecruzamiento de la Economía, el Mercadeo, la Administración de Negocios y el Derecho.

1. ESTRATEGIA Y SITUACIÓN ESPECÍFICA DE CADA INDUSTRIA

Para acometer la temática propuesta en el presente trabajo, es necesario acudir a conceptos brindados por la disciplina de la Administración de Empresas, tales como los relativos a las Estrategias Empresariales, en términos generales.

Igualmente debe precisarse que para el desarrollo del mismo, se acoge la definición dada a **INDUSTRIA** “**como aquella actividad empresarial en cualquier sector o actividad económica**”. Dicha definición es dada por los autores Thompson y Strickland, en su texto Administración Estratégica. Dicha actividad económica puede ser ejercida por personas naturales y por personas jurídicas, entre ellas, las más frecuentes, las sociedades comerciales.

Las industrias pasan por diferentes momentos una vez dada su iniciación; se encuentran aquéllas que apenas se están desarrollando y evolucionando y en donde todavía no aparecen empresas que puedan predicar un dominio de la misma, hasta llegar a aquéllas en donde ya su evolución no es posible, en donde ya existen empresas líderes y conocedoras de dicha actividad, pero que en donde el crecimiento es mínimo y, por lo tanto, sus actuaciones se circunscriben es al sostenimiento de su actividad y, quizás más adelante, a la liquidación de la misma.

Este capítulo abordará la descripción y principales características de los diferentes momentos por los cuales atraviesa toda industria en cualquier actividad económica, identificados por la mayoría de los doctrinantes en la Administración Estratégica, algunos de ellos tenidos en cuenta en la realización del presente trabajo y mencionados, además en la parte pertinente de la bibliografía.

1.1 ESTRATEGIAS EN INDUSTRIAS EMERGENTES

Una **industria emergente** es aquella que se encuentra en sus comienzos, en su etapa formativa (telecomunicaciones inalámbricas, nanotecnología, entre otras). Está emergiendo, debido principalmente al desarrollo de innovaciones tecnológicas, las cuales están al alcance de algunas empresas, que consideran cuentan para ello con los recursos pertinentes, tanto de capital, humanos o tecnológicos y deciden por tanto la explotación de la actividad económica de dicha industria.

La mayoría de las empresas, que compiten y actúan en esta clase de industria, están perfeccionando la tecnología, contratando personal, adquiriendo o construyendo instalaciones, equipando sus operaciones y tratando de ampliar la distribución y de conseguir aceptación entre los consumidores o compradores.

Sus estrategias de negocios (gerenciales y de mercadeo) aún no están comprobadas, por lo que pueden incurrir más fácilmente en la realización de comportamientos anticompetitivos: lo que puede aparecer como un modelo de estrategia y de negocio brillante, desde su concepción, a la larga puede no generar los resultados esperados desde lo financiero, desde el mercadeo, lo gerencial y lo legal. A menudo, se encuentran con problemas importantes en el diseño de los productos, así como dificultades tecnológicas por solucionar.

Los dos problemas estratégicos cruciales a los que se enfrentan las compañías en una industria emergente son: 1) cómo financiar las operaciones iniciales hasta que las ventas e ingresos empiecen a prosperar y 2) qué segmentos del mercado y ventajas se deben buscar para conseguir una posición de liderazgo.

Generalmente, se enfocarán hacia lo siguiente: estrategias competitivas orientadas hacia los costos bajos o hacia la diferenciación –atender un segmento

especial o diferenciado de los demás-, ello debido a que en dicha industria todavía no ha sobresalido la característica distintiva, generalmente tecnología que va a permitir que las empresas atiendan segmentos diferentes a los costos bajos y a la diferenciación; una vez logrado lo anterior podrán entonces sí dedicarse a una diferenciación o a una especialización

Como está en su etapa de formación o en sus inicios, todavía no hay “reglas de juego” entre las diversas empresas participantes, lo que igualmente les confiere un grado de libertad considerable para experimentar con una variedad de enfoques estratégicos diferentes, tales como estrategias de bajos costos, estrategias de enfoque o especialización y estrategias de diferenciación. La decisión para escoger algunas de las anteriores se basará principalmente en el grado de apropiación de la respectiva característica distintiva de la respectiva industria y que la empresa considere puede estar ya a su alcance. No obstante, lo anterior no significa que una empresa que cuente con capacidades de recursos sólidas, un modelo de negocio atractivo y una buena estrategia, tenga una oportunidad única para determinar las reglas y establecerse como líder reconocido de la industria.

Las estrategias que determinarán el grado de competencia entre las empresas participantes en este tipo de industria, se verán influenciadas por alguna o algunas de las siguientes posibilidades gerenciales o estratégicas, identificadas por la doctrina administrativa o gerencial:

- Ganar la carrera inicial por el liderazgo de la industria, con actitudes de emprendimiento, disponibilidad de asumir riesgos y estrategias eficaces y creativas; las estrategias de diferenciación, generales o limitadas, que se orientan hacia la superioridad tecnológica o del producto, suelen ser las que mejor ofrecen oportunidades para conseguir ventajas en lapsos cortos de tiempo.

- Presionar para perfeccionar la tecnología, mejorar la calidad del producto y desarrollar características de desempeño adicionales que resulten atractivas para los consumidores.
- Dominar la tecnología que emerge como dominante en dicha industria, teniendo cuidado de no apostar demasiado en este aspecto, en especial cuando hay muchas tecnologías competidoras, la investigación y el desarrollo son costosos, y los adelantos tecnológicos puedan moverse rápidamente en nuevas direcciones, que puedan marcar nuevos hitos o dominios en dicha tecnología.

Estas tres posibilidades están influenciadas por el grado de desarrollo que una empresa le dé al área funcional o divisional de investigación y de desarrollo (I&D), de los recursos que a éste se le suministre, ya que es esta área la responsable del acceso a las respectivas innovaciones que pueden moldear o estructurar la respectiva industria.

Cuando una empresa no cuenta con un departamento de investigación y desarrollo sólido estructuralmente desde el punto de vista de sus recursos (capital humano, tecnológico, de verá considerar el acceso a las respectivas innovaciones de la industria o a los desarrollos complementarios de ésta a través de terceras empresas, esto es mediante la formación o consolidación de las denominadas alianzas estratégicas; todo ello a través de un adecuado proceso de negociación con las demás empresas.

Dichas opciones se materializarán a través de algunas de las siguientes posibilidades:

- Formar alianzas estratégicas con los competidores clave para obtener acceso a habilidades especializadas, capacidades tecnológicas y materiales o componentes cruciales.

- Adquirir o formar alianzas con empresas que tienen experiencia tecnológica relacionada o complementaria para superar a los competidores con base en la superioridad tecnológica.
- Intentar conseguir las ventajas iniciales asociadas con los primeros compromisos que se adquieren con las tecnologías prometedoras, aliarse con los proveedores más capaces, ampliar la selección de productos y posicionarse bien en los nuevos canales de distribución.
- Buscar nuevos grupos de clientes, nuevas aplicaciones para los usuarios e ingreso a nuevas áreas geográficas.

Cuando la empresa considera que ya ha obtenido la tecnología o los atributos específicos que le permitan considerar que puede ostentar algún tipo de liderazgo en la respectiva industria, podrá entonces utilizar acciones específicas de mercadeo en el aspecto de precios para sus productos y/o servicios, tales como:

- **El uso de reducciones de precios para atraer al mercado al siguiente nivel de compradores sensibles a los precios.**

Se evidencia, por lo tanto, que aún en los comienzos de cualquier industria, las estrategias de competencia pueden ser utilizadas desconociendo los aspectos legales del derecho de la Competencia.

En ocasiones y sin el ánimo de justificar este desconocimiento al marco normativo de la Competencia, estas transgresiones a dicho régimen legal por parte de los Administradores o Gerentes de las Empresas y/o sus respectivas áreas o unidades funcionales, obedecen a alguna de estas presiones o desafíos gerenciales; el mismo carácter emergente de industria, de su incertidumbre o desconocimiento de la falta de información sobre la misma ocasiona que el marco administrativo gerencial de una empresa que ha incursionado en la misma, se

encuentre con una serie de variables las cuales representan las presiones u obstáculos de esta industria ; algunas de las variables identificadas por la doctrina gerencial después de haber observado en diferentes industrias la situación que presentaron ellas en su momento como emergente son las siguientes:

- El mercado es nuevo y aún no se ha puesto a prueba, puede haber mucha especulación y numerosas opiniones sobre cómo funcionará, el ritmo al que crecerá y la magnitud que alcanzará. No existen datos económicos históricos suficientes aún, como para hacer proyecciones de ventas y utilidades.
- En muchos casos, una buena parte de los conocimientos tecnológicos en los que se basan los productos de las industrias emergentes está protegida por derechos de propiedad, ya que han sido desarrollados internamente en compañías pioneras; las patentes y experiencia técnica única son factores esenciales para asegurar la ventaja requerida. En otros casos, la tecnología es multifacética y supone esfuerzos paralelos o colaboradores por parte de varias empresas y, en ocasiones, con enfoques tecnológicos que compitan entre sí.
- Incertidumbre tecnológica: no hay consenso respecto a cuál de las tecnologías competidoras se impondrá o qué atributos del producto resultarán decisivos para ganar los consumidores. Hasta que las fuerzas del mercado ordenen estas cosas, es frecuente observar grandes diferencias en la calidad y desempeño del producto; la competencia se centra, por lo tanto, en los esfuerzos de cada empresa por lograr que el **mercado confirme su enfoque estratégico hacia la tecnología, diseño del producto, marketing y distribución.**

En cuanto al área funcional del marketing y ya que ésta tiene una incidencia en la determinación final de las características distintivas del producto o servicio y de su precio, ésta al igual que el área de investigación y desarrollo encargada de las innovaciones tecnológicas, ésta (marketing) también tiene una incidencia

importante en la conquista de los clientes (reales y potenciales) para la empresa y en el mantenimiento de las siguientes generaciones de consumidores.

Lo anterior debido a que en una industria emergente todos los compradores son usuarios primerizos, y **se trata de inducir a la compra inicial y vencer las dudas de los clientes respecto a las características del producto, fiabilidad del desempeño y aseveraciones contradictorias de empresas competidoras** (posibles escenarios del tema legal de la competencia desleal, es en una de estas situaciones que se hace necesario la remisión a la normatividad específica sobre competencia desleal tanto la consagrada a nivel nacional – Ley 256 de 1996 – como la consagrada a nivel supranacional – Acuerdo de Cartagena –). Muchos posibles compradores esperan que los productos de primera generación mejoren rápidamente, por lo que demoran la compra hasta que la tecnología y el diseño del producto maduran.

Las estrategias gerenciales y de mercadeo –marketing- se volverán cada vez más agresivas en la medida en que las ventas de la industria comiencen a aumentar y el riesgo percibido de invertir en la misma disminuya. Una oleada de nuevos participantes, atraídos por el crecimiento y el potencial de obtener utilidades, pueden abarrotar el mercado. Es precisamente en estos momentos cuando la industria emergente deja de ser emergente y posiblemente entra a la etapa subsiguiente de industria con crecimiento rápido.

Finalmente en este tipo de industria, las empresas que empiezan a incursionar en la misma encuentran tres obstáculos principales: 1) administrar su propia expansión rápida; **2) defenderse de los competidores que tratan de sacar provecho de su éxito** y 3) crear una posición competitiva que abarque más que su producto o mercado inicial.

Con relación al segundo obstáculo mencionado (defensa de los competidores que intentan sacar provecho de su éxito) es en este escenario en donde posiblemente se presentara la realización de los diferentes comportamientos ilegales de carácter competitivo y/o relativo a la competencia desleal.

1.2 ESTRATEGIAS EN INDUSTRIAS O MERCADOS TURBULENTOS (CRECIMIENTO RÁPIDO)

Una industria turbulenta o de alta velocidad es “aquella en la cual se producen cambios tecnológicos vertiginosos, ciclos de vida corta de los productos (debido al ritmo con el que se introduce la siguiente generación del producto), ingreso de nuevos rivales importantes en el mercado, lanzamientos frecuentes de nuevas líneas competitivas de los rivales (incluidas fusiones y adquisiciones para conseguir posiciones fuertes en el mercado), expectativas de los clientes que evolucionan con rapidez, características estas que ocurren al mismo tiempo”¹.

El desafío central para la formulación de estrategias en este entorno radica en manejar el cambio, esto es, enfrentar las diferentes circunstancias que afectan desde lo tecnológico, desde lo promocional, desde la expectativa del consumidor y finalmente desde los fuertes ataques competitivos empresariales rivales (posible blanco o target de una eventual fusión o adquisición empresarial).

Michael Porter reconocido autor de la Gerencia Estrategica ha identificado que: generalmente, las empresas asumen tres posturas estratégicas para enfrentarse al cambio de alta velocidad²:

1) **Reaccionar ante el cambio:** la empresa puede responder a un producto nuevo de un competidor con un producto mejor. Así mismo, le será posible

¹ Thomson J. R., Arthur A. y A. J. Strickland III. Administración Estrategica 13 Edición

² PORTER, Michael. Estrategia competitiva. México: Editorial CECSA, 2003 p. 216 – 223.

contrarrestar un giro inesperado en los gustos y demandas de los compradores si rediseña o cambia la presentación de producto, o si el énfasis de la publicidad se dirige hacia otros atributos del producto.

Reaccionar es una estrategia defensiva y, por lo tanto, no es probable que genere oportunidades nuevas; sin embargo, es un componente necesario de las diferentes opciones estratégicas de una compañía. Ya que la reacción adecuada (respuesta competitiva) le permitirá a una empresa conservar o mantener su actual posición de participación en el mercado.

2) **Prever el cambio:** la previsión supone mirar hacia delante para analizar lo que probablemente ocurrirá y así prepararse y posicionarse para ese futuro. Implica estudiar el comportamiento, necesidades y expectativas de los compradores para tratar de comprender cómo evolucionará el mercado y preparar con anticipación la producción y las capacidades de distribución necesarias. Al igual que reaccionar ante el cambio, preverlo es una estrategia fundamentalmente defensiva porque las fuerzas ajenas a la compañía impulsan sus actos. “No obstante, la previsión puede abrir nuevas oportunidades y por eso es una mejor manera de enfrentar el cambio que sólo la mera reacción”³.

En los actuales momentos se presenta como tendencia gerencial y como una variable de la administración estratégica la denominada planeación por escenarios o prospectiva, la cual si es utilizada adecuadamente permitirá visualizar esos nuevos ambientes en la industria o para la empresa misma, que le servirán para determinar las respectivas previsiones.

3) **Encabezar el cambio:** Esto supone iniciar el mercado y las fuerzas competitivas a las que otros deberán reaccionar y responder; es una estrategia

³ HITT, Michael, HOSKISSON, Robert E. y R. Duane Ireland. Administración Estratégica. competitividad y conceptos de globalización. 3ª edición. Thomson Editores. 2002 p. 170.

ofensiva que aspira a colocar a la compañía en posición de control. Significa ser el primero en llegar al mercado con un nuevo producto o servicio importante. Implica ser el líder tecnológico que introduzca la siguiente generación de productos en el mercado antes que los rivales, y ofrezca productos cuyas características y atributos se ajusten a las preferencias y expectativas de los clientes. Consiste en tratar de determinar las “reglas del juego”, anticipándose a los demás.

El éxito competitivo en los mercados que cambian con rapidez tiende a depender de la capacidad de una compañía para improvisar, experimentar, adaptarse, reinventarse y regenerarse cuando el mercado y las condiciones competitivas varían a un ritmo vertiginoso y en ocasiones, impredecible. Situaciones estas que, por el afán de considerarse, pueden llevar a que en múltiples ocasiones, los administradores no tengan en cuenta, por así decirlo, los marcos normativos legales requeridos y establecidos para el caso; para el caso concreto las normas del Derecho de la Competencia, del Consumo (Estatuto de los Consumidores) y normas de la Competencia Desleal.

Algunas de las estrategias, que pueden adoptar las empresas que actúan en una industria con dichas características, son las siguientes:

- **Invertir dinámicamente en investigación y desarrollo para mantenerse a la vanguardia de la experiencia tecnológica:** traducir los adelantos tecnológicos en productos innovadores y seguir muy de cerca los adelantos y características introducidos por primera vez por los rivales (sin incurrir en comportamientos desleales de competencia) es una necesidad en las industrias donde la tecnología es el principal impulsor del cambio. Sin embargo, a menudo es deseable centrar el esfuerzo de investigación y desarrollo en unas cuantas áreas críticas no sólo para evitar agotar los recursos de la compañía, sino también para profundizar los conocimientos de ésta, sino para dominar la tecnología y convertirse en el líder dominante en una tecnología o categoría de productos en particular. Cuando un

entorno de mercado en rápida evolución abarca muchas áreas tecnológicas y categorías de productos, los competidores no tienen más remedio que emplear algún tipo de estrategia enfocada y concentrarse en ser el líder en una categoría de producto o tecnología específica.

- **Desarrollar y mantener la capacidad organizacional para responder con rapidez a las acciones de los rivales y nuevos acontecimientos sorprendentes:** debido a que ninguna compañía puede pronosticar o prever todos los cambios que ocurrirán, es crucial contar con la capacidad organizacional para reaccionar, responder e improvisar con rapidez. Esto significa cambiar los recursos internamente, adaptar las competencias y capacidades existentes y crear nuevas competencias y capacidades.

- **Establecer sociedades estratégicas con proveedores externos y compañías que fabrican productos relacionados:** en muchas industrias de alta velocidad, la tecnología se diversifica para crear tantos caminos tecnológicos y categorías de productos nuevos que ninguna organización cuenta con los recursos y competencias para abarcarlos en su totalidad. La especialización (para promover la profundidad técnica necesaria) y las estrategias de enfoque (para preservar la agilidad organizacional y aprovechar la experiencia y conocimientos de la firma) son estrategias deseables. Las compañías crean su posición competitiva no sólo fortaleciendo su propia base de recursos internos, sino también asociándose con proveedores que fabrican partes y componentes tecnológicamente muy avanzados y colaborando estrechamente tanto con los creadores de tecnologías relacionadas como con los fabricantes de productos conexos. La estrategia de las contrataciones externas también confiere a una compañía la flexibilidad necesaria para cambiar a los proveedores que se rezaguen en la tecnología o las características del producto, o bien que dejen **de ser competitivos en sus precios.**

- **Mantener los productos y servicios de la compañía lo suficientemente frescos para sobresalir en medio de todos los cambios que se producen:** uno de los riesgos del cambio acelerado es que los productos, e incluso las empresas, se pierden en la confusión de los acontecimientos. El desafío para el **Marketing** **consiste en mantener los productos y servicios de la compañía en el centro de atención, además de que sigan siendo innovadores y estén bien adaptados a los cambios que ocurren en el mercado.**

Las estrategias señaladas anteriormente, nuevamente evidencian la necesidad que tiene una empresa si quiere seguir permaneciendo vigente en el mercado o en su respectiva industria de contar con un departamento de investigación y de desarrollo apropiado o sino cuenta con este, él de permitirse acudir a las opciones estratégicas y legales de la cooperación empresarial.

Las otras dos estrategias se refieren a las tareas específicas que debe realizar el departamento de marketing en cuanto a que los productos y/o servicios siempre estén en cabeza de los consumidores (posicionamiento); otra de las estrategias se refiere a la capacidad de respuesta organizacional que debe tener la compañía para poder dar respuesta satisfactoria a todas las circunstancias cambiantes que caracterizan este tipo de industria.

1.3 ESTRATEGIAS PARA COMPETIR EN INDUSTRIAS MADURAS

Una industria **MADURA** es aquella que está pasando de una etapa de crecimiento rápido a otra en la que crece de manera considerablemente más lenta; la madurez no ocurre en algún momento determinado de la industria y puede desvirtuarse a través de acciones o de respuestas que impliquen algún tipo de innovación en la industria. La madurez se presenta cuando casi todos los posibles compradores ya son usuarios de los productos de la industria; así, la demanda del mercado consiste, ante todo, en ventas de reposición a los usuarios existentes y el

crecimiento depende de la capacidad de la industria para atraer nuevos compradores y convencer a los ya cautivos de aumentar su uso.

Uno de los comportamientos anticompetitivos reprimidos por la normatividad de la competencia, es el denominado acuerdo restrictivo de ventas atadas o subordinadas, y es cuando se obliga en términos generales a la compra de bienes o servicios que no guardan en principio relación con el acto de consumo principal por parte del consumidor pero que de todas formas mediante el gasto que éste va a asumir incrementa las ventas de la empresa.

Sin embargo, “cuando estos índices de crecimiento empiezan a decrecer, el principio de la madurez del mercado, por lo general, produce cambios fundamentales en el entorno competitivo del mercado”⁴; la madurez entonces como sinónimo de decrecimiento o de decaída en la participación del mercado va a ocasionar alteraciones en los comportamientos gerenciales y empresariales tales como los siguientes:

- **El crecimiento lento en la demanda de los compradores genera más competencia frontal por la participación de mercado:** las empresas que desean continuar en un mercado de rápido crecimiento empiezan a buscar las maneras de atraer clientes de los competidores. Es muy común ver reducciones en los precios, intensificación de la publicidad y otras tácticas audaces para adquirir participación en un mercado.
- **Los compradores son más experimentados y a menudo es más difícil convencerlos de hacer compras repetitivas:** puesto que los compradores tienen experiencia con el producto y están familiarizados con las marcas competidoras,

⁴ PORTER E. Michael. Estrategia competitiva. Técnicas para el análisis de los actores industriales y de la competencia. Edición revisada. México: Editorial CECSA, 2001. p. 169.

pueden evaluar mejor las distintas marcas y usar sus conocimientos para negociar un mejor trato con los vendedores.

- **La competencia a menudo produce un mayor énfasis en los costos y el servicio:** como todos los vendedores empiezan a ofrecer los atributos del producto que los compradores prefieren, las opciones de estos últimos dependen cada vez más de los vendedores que ofrecen la mejor combinación de precio y de servicio.
- **Es más difícil hacer innovaciones en los productos y generar nuevas aplicaciones de uso final:** a los productores les resulta cada vez más difícil crear nuevas características del producto, encontrarle otros usos y sostener el interés de los compradores.
- **La competencia internacional aumenta:** las compañías nacionales que tratan de crecer empiezan a buscar oportunidades de ventas en los mercados extranjeros. Algunas firmas, que buscan la forma de reducir los costos, trasladan las plantas a países en los que se pagan salarios más bajos.
- **La rentabilidad de la industria decae temporal o permanentemente:** el crecimiento más lento, la mayor competencia, los compradores más experimentados y los períodos ocasionales de exceso de capacidad presionan los márgenes de utilidad de la industria. Por lo general, las empresas débiles y menos eficientes son las más afectadas.

Cuando el nuevo carácter competitivo de la madurez en la industria empieza a golpear con toda su fuerza, hay diversas medidas estratégicas que pueden fortalecer la posición competitiva de una empresa: reducir línea de productos, disminuir costos, acelerar las campañas de promoción de ventas, ampliarse a mercados internacionales y adquirir a los competidores en dificultades (fusiones y adquisición de empresas con debilidad financiera).

- **Reducción de los productos:** una amplia selección de modelos, características y opciones de productos, a veces, tiene valor competitivo durante la etapa de crecimiento, cuando las necesidades de los compradores todavía están en evolución. Sin embargo, tal variedad puede llegar a ser muy costosa a medida que se intensifica la **competencia en los precios** y se reducen los márgenes de utilidad. Mantener muchas versiones de un producto resulta contraproducente para logra diversas economías; igualmente, puede aumentar los costos de existencias de inventarios para los diferentes distribuidores. Además, **precios de las versiones que no se venden mucho, tal vez no cubran sus verdaderos costos.**
- **Aumentar las ventas a los clientes actuales:** en un mercado maduro, el crecimiento a expensas de **arrebatar clientes a los rivales** tal vez no resulte tan atractivo como **ampliar las ventas a los clientes existentes.** Las estrategias para aumentar las compras de los clientes actuales incluyen ofrecer artículos complementarios y servicios auxiliares, y encontrar más maneras de que los clientes usen el producto.
- **Ampliación internacional:** al madurar el mercado interno o de origen de la empresa, los negocios pueden tratar de incursionar en mercados extranjeros donde aún existe un potencial de crecimiento atractivo y las presiones competitivas no son tan fuertes.

Dentro de esas alteraciones de carácter gerencial se evidencian decisiones que serán adoptadas desde el ámbito administrativo y desde el ámbito del mercadeo; desde el ámbito administrativo la empresa deberá decidir la incursión en nuevos segmentos de mercado tanto a nivel de producto como mercado geográficos; es en esta etapa en que generalmente se considera la decisión de incursionar en los mercados internacionales.

Desde el punto de vista del mercadeo las decisiones que se deberían tomar se basarán principalmente en el factor de precios, ya que con una buena estrategia al respecto se podrá seguir conservando los clientes actuales y arrebatarse los clientes de los competidores; colateralmente podrá entonces con un buen manejo de este aspecto mantener la rentabilidad financiera de la empresa y si es necesario tomar la decisión de la salida del mercado de alguno de sus productos o servicios.

1.4 ESTRATEGIAS PARA EMPRESAS EN INDUSTRIAS ESTANCADAS O EN DECADENCIA

La madurez por la que atraviesa en un momento determinado toda industria puede traer como consecuencia el estancamiento de la misma o inclusive, el decaimiento, o la desaparición de la industria.

Hay industrias en donde la demanda crece con mayor lentitud que la economía en general o donde incluso está bajando. Generalmente las empresas, que compiten en una industria con estas características, comienzan a retirar las utilidades del negocio para obtener el mayor flujo de efectivo, liquidarse o prepararse para el cierre, son estrategias evidentes de fin del juego para empresas competidoras no comprometidas que tienen pocas posibilidades en el largo plazo: Sin embargo, los competidores fuertes pueden lograr un buen desempeño en un entorno de mercado estancado.

“La demanda estancada por sí misma no basta para restar atractivo a una industria”⁵, el solo hecho de existir estancamiento en una industria no significa el que esta pueda seguir participando del mercado; la utilización o visualización de las estrategias o segmentos de mercado pertinentes pueden ocasionar que las empresas ubicadas en una industria con estas características puedan seguir

⁵ HITT, Op.Cit. p. 185.

disfrutando aun de una rentabilidad, la que obviamente no será de la misma magnitud de cómo cuando estuvo en su momento de ascenso o crecimiento

Las empresas que compiten en industrias estancadas o en decadencia deben resignarse a objetivos de desempeño congruentes con las oportunidades disponibles en el mercado; los competidores fuertes tienen **“la posibilidad de quitar ventas a los rivales más débiles”** y la adquisición o salida de las empresas más débiles crean oportunidades para que las compañías que continúan capten una participación de mercado mayor⁶. La madurez al generar debilitamiento o decaimiento para algunas empresas que no la pudieron soportar, genera que estas empresas con estas debilidades, puedan constituirse en oportunidades de adquisición por parte de aquellas empresas que aun no se han debilitado en la industria y que han considerado seguir creciendo en la misma mediante las formas de adquisición o fusiones empresariales.

En dicho entorno de estancamiento, pueden emplearse uno de los siguientes criterios estratégicos:

- **Aplicar una estrategia enfocada dirigida a los segmentos de mayor crecimiento del mercado dentro de la industria:** los mercados estancados o en decadencia, como otros mercados, se componen de numerosos segmentos o nichos. Con frecuencia, uno o más de estos segmentos crece con rapidez, pese al estancamiento en la industria en su conjunto. Un competidor astuto que se centra en los segmentos de rápido crecimiento y satisface lo mejor posible las necesidades de los compradores que abarcan estos segmentos suele escapar del estancamiento en las ventas y utilidades e incluso lograr una decidida ventaja competitiva.

⁶ KOTLER Philip y GARY Armstrong. Fundamentos de Mercadotecnia. Cuarta edición. México: Editorial Prentice Hall, 2000 p. 309.

- **Resaltar la diferenciación basada en la mejora de la calidad y la innovación de los productos:** una mejor calidad o la innovación estimulan la demanda al crear nuevos e importantes segmentos de crecimiento o al inducir a los compradores a cambiar. La innovación exitosa de los productos abre la posibilidad para competir, además de igualar o mejorar **los precios de los rivales.** “La diferenciación basada en la innovación exitosa tiene la ventaja adicional de que las empresas rivales no pueden imitarla fácilmente o les resulta muy costoso hacerlo”⁷. El derecho de la propiedad intelectual en lo relacionado con el otorgamiento de las patentes y la exclusividad que éstas otorgan para la explotación comercial de la innovación protegida bajo dicha figura es lo que impide o retrasa la acción de las empresas competidoras sobre la innovación protegida.
- **Esforzarse por bajar los costos y llegar a ser el líder de los costos bajos en la industria:** Las compañías en industrias estancadas pueden mejorar los márgenes de utilidad si aplican una estrategia innovadora de reducción de costos año con año. Las posibles medidas que influyen en el ahorro en los costos incluyen: eliminar actividades en la producción que sólo reporten beneficios marginales; contratar externamente funciones y actividades que personas ajenas a la empresa desempeñen a un menor costo; rediseñar los procesos internos para explotar las tecnologías de comercio electrónico que contribuyan a reducir los costos; **cerrar los puntos de venta al menudeo de bajo volumen y alto costo.**

Nuevamente los criterios que se mencionan como opciones estratégicas en este tipo de industria enfatiza en las acciones gerenciales que deben adoptar las empresas tanto desde el área de innovación (I&D) como desde el área de mercadeo, ya que son opciones que se relacionan estrechamente con dichas áreas funcionales, además de tener que contar con el apoyo para algunas de estas con el área financiera, en especial, cuando se trata de la búsqueda de opciones que impliquen la estrategia de bajos costos.

⁷ PORTER E. Michael Op.cit. p. 203.

Estas situaciones no excluyen la una de la otra: la introducción de versiones innovadoras de un producto puede crear un segmento de rápido crecimiento. De igual modo, **la búsqueda de mayores eficiencias operativas permite reducciones de precios que crean segmentos de crecimiento conscientes de los precios.**

Finalmente debe advertirse, en relación con esta etapa de la industria, que los errores más frecuentes que cometen las compañías en estos mercados estancados o en decadencia son: quedar atrapadas en una guerra de desgaste inútil; desviar mucho dinero de las operaciones comerciales demasiado pronto (lo que contribuye a deteriorar el desempeño aún más) y ser excesivamente optimistas respecto al futuro de la industria, y gastar de más en mejoras previendo que las circunstancias mejorarán.

1.5 ESTRATEGIAS PARA COMPETIR EN INDUSTRIAS FRAGMENTADAS

Son industrias formadas por cientos e incluso miles de compañías pequeñas y medianas y ninguna con una participación sustancial en las ventas totales de tal sector. “La característica competitiva más sobresaliente de una industria fragmentada es la ausencia de líderes del mercado con participación mayoritaria o reconocimiento generalizado por parte de los compradores”⁸. No existe por tanto una empresa o grupo de empresas que ostenten la característica de ser los líderes en dicha industria y en donde es factible la presencia de muchos márgenes de maniobrabilidad para las diferentes empresas que actúan en una industria con estas características.

Algunas de las razones del porqué se fragmenta una industria son las descritas por el autor Michael Porter en su obra estrategia competitiva técnicas para el

⁸ Ibid., p .227

análisis de los sectores industriales y de la competencia, y que se sintetizan en las siguientes:

- La demanda del mercado es tan amplia y diversa que una cantidad muy grande de empresas pueden coexistir fácilmente para satisfacer el grado y variedad de las preferencias y necesidades de los consumidores, así como para abarcar todas las regiones geográficas que se requieran.
- Las barreras de ingreso son bajas, lo que permite a las compañías pequeñas ingresar con rapidez y bajo costo.
- Los compradores requieren cantidades relativamente pequeñas de productos personalizados. Debido a que la demanda de un producto específico es menor, los volúmenes de ventas no son adecuados para sustentar la producción, distribución o marketing en una escala que reporte ventajas a una compañía grande.
- La industria es joven y está repleta de empresas que aspiran a contender, pero ninguna de ellas cuenta aún con la base de recursos, capacidades competitivas y reconocimiento para tener una posición dominante en el mercado.

La intensificación de la competencia, que se presenta con el crecimiento más lento, produce la desaparición de las empresas más débiles e ineficientes, así **como una mayor concentración de los vendedores más grandes y notorios.**

La rivalidad competitiva en las industrias fragmentadas varía de moderada a “feroz”. Las barreras bajas tienden a hacer que el ingreso de nuevos competidores sea una amenaza constante. La competencia de sustitutos puede o no ser un factor importante. “El tamaño relativamente pequeño de las compañías en industrias fragmentadas las coloca en una posición un tanto débil para negociar

con los proveedores poderosos y compradores”⁹. Una de las características de una industria fragmentada es precisamente la multiplicidad de las compañías que integran dicha industria, muchas de ellas en circunstancias débiles en cuanto algún tipo de recurso, lo que ocasiona que presenten una característica de debilidad en la negociación con otras empresas, lo que finalmente las puede conllevar a su retiro del mercado.

Centrarse en un segmento del mercado o en un segmento de compradores bien definidos ofrece, por lo general, más posibilidades de obtener ventajas competitivas que tratar de abarcar un sector amplio del mercado.

Algunas opciones convenientes de estrategias de actuación en una industria fragmentada pueden ser las siguientes, a título de recomendación por el autor antes mencionado:

- **Especializarse por tipo de producto:** cuando los productos de una industria fragmentada incluyen una variedad de estilos o servicios, la estrategia de concentrarse en una categoría de éstos suele ser muy eficaz.
- **Especialización por tipo de clientes:** una compañía tiene posibilidades de destacar en un nicho de mercado en una industria fragmentada si ofrece servicios para los clientes interesados en precios bajos, atributos únicos del producto, características personalizadas, entre otras.
- **Centrarse en una región geográfica limitada:** aun cuando una compañía en una industria fragmentada no puede adquirir una participación grande del total de las ventas de la industria, sí puede tratar de dominar un área geográfica regional o local.

⁹ Ibid., p. 247

En las industrias fragmentadas, las empresas gozan, por lo general, “de la libertad de actuación o estratégica para centrarse en objetivos de mercados amplios o estrechos y tratar de conseguir ventajas competitivas basadas en los **costos bajos** o en la diferenciación”¹⁰. La fragmentación de las industrias y la consecuencia de que sean múltiples las empresas competidoras en la misma puede dar libertad a que las mismas empresas actuantes seleccionen estrategias de actuación basadas en costos bajos o en la atención a segmentos o nichos de mercado específicos o diferenciados de los demás; esta es precisamente la maniobrabilidad de actuación que permite una industria con estas características de fragmentación.

1.6 ESTRATEGIAS PARA EMPRESAS LÍDERES DE LAS INDUSTRIAS

La principal preocupación estratégica de un líder gira en torno de cómo defender y fortalecer su posición de liderazgo, quizá convirtiéndose en el líder dominante a diferencia de ser sólo uno de los líderes. Sin embargo, la búsqueda del liderazgo industrial y una participación de mercado grande por sí misma es muy importante debido a la ventaja competitiva y rentabilidad que conlleva ser la firma más grande en la industria.

Generalmente, se evidencian tres posturas estratégicas que pueden adoptar los líderes y compañías dominantes en una industria; los autores Hitt Ilerand y Hosskipson en su texto administración estratégica: conceptos de competitividad y globalización las enuncian de la siguiente forma:

- **Estrategia de mantenerse a la ofensiva:** el objetivo central de una estrategia de mantenerse a la ofensiva es actuar primero que nadie. Se basa en el principio de que mantenerse un paso adelante y forzar a los rivales a reaccionar y ponerse

¹⁰ HITT, Op. cit. p.192

al día es el camino más seguro para alcanzar prominencia en la industria y adquirir el posible dominio del mercado.

- **Estrategia de fortalecerse y defenderse:** es dificultar que los competidores ganen terreno y que ingresen nuevas compañías. Las metas de una defensa fuerte son conservar la participación en el mercado actual, fortalecer la posición de mercado actual y proteger cualquier ventaja competitiva que tenga la firma. Estas medidas pueden incluir: intentar subir la apuesta inicial competitiva para los rivales y nuevos participantes por medio del aumento en el gasto de la publicidad, niveles más altos de atención a clientes y mayor inversión en investigación y desarrollo; mantener **precios razonables** y calidad atractiva; firmar contratos exclusivos con los mejores proveedores y distribuidores; más versiones del producto o marcas para igualar los atributos de los productos que las marcas rivales tienen o llenar nichos desocupados en los que podrían introducirse los competidores.

“Una estrategia de este tipo conviene más a las empresas que ya han alcanzado el dominio del mercado y no desean arriesgarse a ser objeto de procesos antimonopolísticos”¹¹. La empresa que ya alcanza oposición de liderazgo y que cuenta con los recursos para defender y fortalecer la posición de mercado que detenta no debe arriesgarse con una estrategia de ofensiva, ya que puede ser sujeto de una apreciación de carácter legal denominada abuso de posición dominante, la cual le puede conllevar consecuencias de carácter legal; por ello es más factible que de presentarse una acción ofensiva contra sus actuales intereses de mercado haga valer los recursos que posee.

También es apropiada en situaciones donde una empresa desea aprovechar su posición actual para obtener utilidades y flujo de efectivo porque los prospectos de crecimiento de la industria son bajos o porque no parece suficientemente rentable buscar más ganancias derivadas de la participación de mercado.

¹¹ Ibid., p. 263

- **Estrategia de despliegue de poder:** un líder dominante se muestra implacable con la competencia (preferiblemente de manera ética y competitivamente legal) cuando los rivales más pequeños hacen algo que trastorna el equilibrio establecido, como **reducir precios** o montar nuevas ofensivas de mercado que amenacen de manera directa la posición del líder. Las respuestas específicas incluyen apresurarse a igualar o quizá superar las **rebajas de precios** de los rivales, usando grandes campañas promocionales para contrarrestar las medidas adoptadas por éstos para adquirir participación de mercado y ofrecer mejores tratos a sus principales clientes.

Los líderes dominantes pueden cortejar asiduamente a los distribuidores para disuadirlos de **vender los productos rivales**, proporcionar a los vendedores información documentada sobre los puntos débiles de los productos competidores. También puede aplicar tácticas intimidatorias que ejerzan presión sobre los clientes actuales para que no usen los productos de los rivales. Esto puede variar desde simplemente comunicar su desagrado de manera convincente en caso de que los clientes opten por usar los productos de sus rivales hasta presionarlos para que celebren contratos exclusivos a cambio de **mejores precios, o cobrarles un precio mayor** si usan cualquiera de los productos de la competencia. Como último recurso, el líder puede otorgar a ciertos clientes **descuentos especiales o trato preferente** si no usan ninguno de los productos de los rivales.

1.7 ESTRATEGIAS PARA COMPAÑÍAS QUE OCUPAN EL SEGUNDO LUGAR

Son empresas que tienen participaciones de mercado más pequeñas que los líderes industriales de primer nivel. Algunas de estas empresas son rivales del mercado que prometen llegar muy lejos y emplean estrategias ofensivas para adquirir participación de mercado y crearse una posición más fuerte. Otros

competidores son concentradores, que tratan de mejorar su suerte concentrando su atención en atender una parte limitada del mercado.

“Las compañías consideradas de “segundo nivel” deben superar varios obstáculos o dificultades para ganar reconocimiento de los clientes; menor capacidad de usar la publicidad en medios de información masivos y dificultad para financiar los requerimientos de capital”¹². No obstante estar cercanas a las empresas líderes en esa posición de segundo lugar estas compañías no tienen el acceso a las fuentes de recursos de que disponen los líderes de la industria para el desarrollo de sus operaciones sociales; es evidente en ellas la presencia de alguna debilidad (financiera, tecnológica, de capital) que no les permite acceder a la posición de liderazgo, a la cual, contando con dichos recursos podrían acceder en otra circunstancia.

Lo anterior ocasiona que las estrategias competitivas que dicha clase de empresas usan para crear participación de mercado, son entre otras: **usar precios más bajos para atraer a los clientes de los rivales débiles que operan con costos superiores**; fusionarse con o adquirir empresas rivales con el objetivo de alcanzar el tamaño necesario para generar mayores ventajas económicas y buscar innovaciones tecnológicas para obtener ahorros en los costos de producción.

Entre los enfoques de actuación que estas compañías de segundo lugar pueden utilizar para obtener mayor participación de mercado, según Thompson y Strickland están:

- **Estrategia de producto superior:** el método en este caso consiste en usar una estrategia enfocada, con base en la diferenciación, que le dé prioridad a la calidad superior del producto o atributos únicos. Las **campañas de ventas y**

¹² PORTER E. Op. cit. p.263

marketing se dirigen directamente a los compradores conscientes de calidad y orientados hacia el desempeño.

- **Estrategia de imagen distintiva:** En algunas compañías de segundo nivel, las estrategias giran en torno a las maneras de sobresalir entre los competidores. Puede emplearse una variedad de enfoques: crear la reputación de **cobrar los precios más bajos**; ofrecer calidad y prestigio a buen precio; diseñar atributos únicos de los productos, entre otros.
- **Estrategia de especialización:** una empresa especialista enfoca su esfuerzo competitivo en una tecnología, producto o familia de productos, uso final o segmento del mercado (a menudo un sector en el que los compradores tienen necesidades especiales). La meta de la compañía es enfocar las fortalezas de recursos y capacidades en crear ventajas competitivas mediante el liderazgo en un área específica.

Se realza nuevamente la importancia que al interior de una compañía deben tener las áreas funcionales de investigación y de desarrollo y de marketing, las cuales como se acaba de apreciar son las responsables del diseño, planteamiento y ejecución de las respectivas estrategias; la estrategia de producto superior basada en una innovación y las estrategias de imagen distintiva y de especialización, concedidas desde el mercadeo.

1.8 ESTRATEGIAS PARA EMPRESAS DÉBILES QUE PASAN POR CRISIS

Una compañía que se encuentra en una posición competitiva menor o en declive dispone de cuatro opciones estratégicas básicas: si logra conseguir los recursos financieros, puede poner en práctica una estrategia ofensiva de recuperación enmarcada en los temas de bajo costo o “nueva” diferenciación, invirtiendo suficiente dinero y talento en el esfuerzo por avanzar un nivel o dos en las filas de

la industria y convertirse en contendiente respetable en el mercado en un período de tiempo corto a mediano.

Otra opción sería emplear una estrategia de “fortalecerse y defenderse, que consiste en usar variaciones de su actual estrategia y luchar por mantener las ventas, participación de mercado, rentabilidad y posición competitiva en los niveles actuales”¹³. Se reitera que la esencia de una estrategia de este tipo consiste en lograr que los competidores y las nuevas compañías que quieran ingresar a la industria no lo hagan de forma fácil, esto es, dificultarle su ingreso para lo cual pueden recurrir a estrategias o tácticas de carácter legal o ilegal.

Finalmente las compañías que están en esta situación de debilidad pueden recurrir a estrategias más radicales, las cuales de todas formas conducirán a las salidas del mercado o de la industria por parte de dichas empresas; tales opciones serían:

Optar por una estrategia de abandono inmediato para salir del negocio, ya sea vendiendo la compañía a otra, o cerrando sus operaciones si no es posible encontrar un comprador y también puede emplear una estrategia de fin de juego, en la que se mantiene la reinversión en un mínimo estricto y se adoptan medidas para maximizar los flujos de efectivo en el corto plazo en preparación para una salida del mercado ordenada.

¹³ Ibid., p.347

2. FENÓMENO DE LA COMPETENCIA (DESCRIPCIÓN)

Es necesario ahora presentar la descripción del fenómeno de la competencia, la cual es generalmente descrita como un fenómeno orientado hacia el consumidor desde los ámbitos jurídico, económico y político.

La competencia igualmente recae sobre las empresas; ya que son ellas las afectadas por la rivalidad y tratan de alcanzar sus objetivos por medio de las diferentes acciones, dependiendo del momento por el cual está pasando su respectiva industria. También, se puede establecer que la competencia no está limitada a un nivel determinado de la cadena económica; por el contrario, ella interviene en todos sus etapas.

Asimismo, no se puede considerar que la competencia se refiera de manera exclusiva a mercados en los cuales las empresas intentan vender bienes o servicios al consumidor final; el proceso marcha en dos sentidos, ya que también concierne a las empresas en sus relaciones con los proveedores.

2.1 RELACIONES ESTABLECIDAS POR LAS EMPRESAS

En el desarrollo de sus actuaciones empresariales, las cuales materializan las diferentes decisiones de carácter gerencial, las empresas configuran una serie de relaciones, las cuales serán descritas a continuación y que permitirán asimilar los diferentes conceptos y momentos en los cuales se presentan interacciones competitivas, en ocasiones sujetas al marco de la legalidad y en otras, no.

2.1.1 Relaciones y Estrategia. La competencia afecta las relaciones entre las empresas y sus estrategias. El análisis de la competencia les permite adquirir una perspectiva que les permite calificar a sus empresas similares y rivales.

De manera esquemática, las empresas deben ser analizadas como aliadas o competidoras, dependiendo esencialmente de la posición ocupada por la empresa que hace la respectiva calificación; lo que determina, igualmente, las relaciones que se vana establecer entre las mismas.

La competencia determina, asimismo, las estrategias llevadas a cabo por las empresas en los diferentes mercados; en el curso de su existencia una empresa toma numerosas decisiones: “una empresa puede ser descrita como una sucesión de decisiones”. El grado de intensidad en la competencia que se puede presentar en determinada industria va a ocasionar a que cada empresa participante adopte una determinada estrategia (estrategia deliberada), la cual es el fruto del consecuente proceso de toma de decisiones de carácter gerencial.

Usualmente, esas decisiones recaen sobre relaciones empresariales que deben ser establecidas o interrumpidas, ya que una empresa determina en el cuadro de su estrategia, la manera en que ella puede mejorar su posición competitiva y esta posición es definida con relación a los competidores, por cuanto la empresa quiere ser escogida por el consumidor final en desmedro de sus rivales.

La estrategia de la empresa y sus relaciones con diferentes participantes en el mercado están estrechamente ligadas; en esta perspectiva, las actividades económicas dan a las empresas la ocasión de entrar en relación de alianza o de adversidad con otras empresas.

El primer tipo de relaciones permite a las empresas asegurar su supervivencia en el mercado en que se desenvuelve y desarrollar sus diferentes actividades. Y el segundo tipo estructura los mercados designando los adversarios contra quienes las diferentes opciones estratégicas –operaciones- serán dirigidas.

2.1.2 Relaciones Verticales. La competencia otorga un criterio que permite a una empresa clasificar a las demás empresas, en su correspondiente mercado, como empresas aliadas o empresas rivales. La calificación depende en buena parte, de la posición ocupada en los mercados por unas y otras.

Algunas relaciones presentan un carácter vertical: unen empresas situadas en diferentes niveles de la cadena económica (proveedores, distribuidores, comercializadores, entre otros); típicamente esta relación puede apreciarse entre un productor y un distribuidor. El primero provee una prestación al segundo, el cual, a su vez, la comercializa ante su clientela.

En principio, las empresas tienen un grado de rivalidad menor cuando están situadas en diferentes niveles de la cadena económica. Un productor no rivaliza con un distribuidor, rivalizará con otro productor, verbigracia, dos empresas avícolas productora de carnes de pollo y demás derivados; como productoras será competidoras entre sí. Ambas deberán seleccionar un sistema de distribución ajeno o propio para la comercialización de sus productos en el mercado. Cuando se escoge un sistema de distribución propio no será competidora a este respecto con la otra empresa avícola, será competidora de una empresa dedicada a la distribución. Cuando se escoge un medio de distribución ajeno, tampoco será competidora de la otra compañía avícola ni de la empresa distribuidora.

Ello podría ser diferente si el productor también se dedica a la distribución. No se puede considerar entonces que las empresas se encuentren en una relación exclusivamente vertical. El distribuidor se encuentra en esta relación con la división de producción, perteneciente a la empresa productora. Sin embargo, la relación es horizontal con la división encargada de la distribución de la misma empresa.

Este hecho tiene una incidencia en las relaciones que pueden existir entre las firmas: en ausencia de competencia, una colaboración puede ser posible; sin embargo, es necesario que las actividades ejercidas por los interesados sean complementarias.

2.1.3 Relaciones Horizontales. Las empresas también pueden establecer relaciones de carácter horizontal: éste es el caso cuando las empresas se encuentran en el mismo nivel de la cadena económica.

Al respecto, hay que tomar en cuenta dos situaciones de actuación de dichas empresas:

- **Mercados idénticos:** en ciertos casos, las empresas ofrecen los mismos bienes y servicios a los consumidores. Se puede, entonces, considerar que estas empresas están presentes en un mismo mercado y, en consecuencia, estas firmas serán competidoras. La relación que existe entre ellas tiene una consecuencia sobre su comportamiento: cada una debe vencer a la otra. Para las empresas involucradas, la victoria es una condición imperativa para obtener los recursos necesarios para el desarrollo de sus actividades.
- **Mercados distintos:** en otras situaciones, las relaciones se caracterizan por una cierta complementariedad. En este caso, la rivalidad no existe y, en consecuencia, puede preverse una colaboración.

La complementariedad puede manifestarse en el plano geográfico, ya que una empresa puede vender sus productos y/o servicios en un territorio no explotado por la otra. De esta forma, la empresa puede despachar su producción a este territorio sin ser inquietada, así fuera de manera potencial, por la otra empresa. En este caso concreto, se considera que las empresas están presentes en mercados distintos desde el punto de vista geográfico.

La complementariedad puede igualmente presentar un carácter funcional, como por ejemplo, cuando las prestaciones (bienes y/o servicios) ofrecidas por las empresas permiten al cliente o consumidor final satisfacer necesidades diferentes (una empresa vende madera y otra vende instrumentos destinados al trabajo sobre la madera).

En consecuencia, el cliente no debe escoger entre una y otra alternativa: su elección no implica que una empresa sea preferida en detrimento de la otra; se puede, entonces, considerar que las empresas se encuentran en mercados distintos, en lo que se refiere al producto o servicio en cuestión.

Para determinar si las empresas están presentes sobre mercados distintos o similares, hay que tener en cuenta la competencia potencial; supóngase que dos empresas están presentes, en el curso de un período determinado, en un mercado distinto sobre el plano geográfico o funcional. Estas empresas no son en principio competidoras; sin embargo, la relación puede evolucionar hacia la rivalidad si las empresas proyectan penetrar en el mercado ocupado por la otra.

2.1.4 Relaciones Directas o Indirectas. En principio, las relaciones son directas entre las empresas que se consideran aliadas, pues las empresas negocian la contribución que cada una puede aportar al desarrollo de la otra.

Esto es diferente para las relaciones marcadas por la rivalidad. Cada empresa hace una oferta al destinatario o cliente final, el cual escoge entre las opciones, aquella que satisface mejor su necesidad. Actuando de esta forma, el destinatario de las ofertas introduce entre las empresas una lucha indirecta destinada a obtener la elección del cliente o comprador. Sin embargo, en ciertas circunstancias, puede instaurarse una relación directa entre los rivales: cuando se unen empresas competidoras para lanzar un proyecto en común (los denominados Contratos de Colaboración Empresarial) o resistir conjuntamente a otras

agresiones en el mercado, por ejemplo, la presencia de un fuerte competidor internacional.

2.1.5 Relaciones Mixtas. Las relaciones horizontales y verticales son usualmente combinadas.

Una empresa puede controlar varias etapas que van desde la producción hasta la provisión al consumidor. Debido a su integración vertical, la empresa ocupa varios mercados; una organización de esta naturaleza influye las relaciones competitivas de otras empresas. En efecto, esta empresa, en tanto que es fabricante, se encuentra en competencia (relación horizontal) con otros productores; al mismo tiempo, ella estará en relación vertical (no competitiva) con los distribuidores que comercializan los productos que emanan de esta última.

2.2 CADENA ECONÓMICA Y COMPETENCIA

En su concepción tradicional, la competencia es asociada solamente en la etapa de comercialización hacia el consumidor o cliente final. Dicho análisis parte de la situación en la que se encuentra este último: se constata en los consumidores una necesidad que puede ser satisfecha por medio de la oferta de una prestación de un bien o servicio de manera adecuada.

El proceso de la competencia no puede ser circunscrito a esta etapa en particular, pues éste afecta de manera sistemática todas las operaciones en el mercado.

De la misma forma que el consumo, las actividades económicas necesitan para su realización de prestaciones y recursos. Por lo tanto, es necesario para este efecto realizar varias transacciones, las cuales están sometidas, a su vez, a una intensa rivalidad, cuando los mercados son organizados de manera competitiva.

Dichas transacciones pueden ser clasificadas, de manera esquemática en tres situaciones:

- **En la perspectiva de la reventa:** en tales circunstancias, el adquirente limita su actividad a la comercialización. Usualmente, esta actividad tiene lugar en una red que es organizada por el productor. Los distribuidores son escogidos en función del territorio que cubren (exclusividad en una zona determinada) o de criterios cualitativos (distribución selectiva). Los bienes o servicios son comercializados por el intermediario sin mayor transformación.
- **Actividad de transformación, segunda situación:** ésta se refiere a los bienes o servicios que son adquiridos para ser integrados en nuevas prestaciones. Este escenario puede encontrarse cuando una empresa adquiere ya sea materias primas, tecnología y/o medios financieros para fabricar un producto u ofrecer un servicio determinado.
- **Consumo, tercera situación:** concierne típicamente a los individuos que adquieren un bien o servicio para su utilización o disposición final.

Los conflictos competitivos pueden encontrarse en cualquiera de las situaciones anteriores, ya sea que las empresas adquieran una prestación en vista de la reventa, de la transformación o del consumo. Cualquiera sea la actividad concerniente, las empresas intervienen como compradores (clientes). En esta condición, ellas pueden introducir la competencia en los mercados; ésta sería la situación, de manera particular, cuando los proveedores son invitados a mejorar sus ofertas con relación a aquellas propuestas por los otros competidores.

Se entiende, entonces, la definición de dichos conceptos para el efecto de comprensión del fenómeno de la competencia, así:

- **Consumo:** la prestación es consumida por el comprador. Éste puede ser un mero consumidor, o bien una empresa que destina el bien o servicio adquirido a sus actividades generales.
- **Transformación:** la prestación está integrada a un bien o servicio que posteriormente es ofrecido a otros clientes. Una vez puesta en el mercado al término del proceso, la prestación aparece bajo una forma transformada.
- **Comercialización:** La prestación es comercializada por una empresa distinta del productor, v.gr. por un distribuidor.

3. ESTRATEGIAS COMPETITIVAS DE LAS EMPRESAS

La competencia se encuentra presente en la mayor parte de las interacciones económicas. Se deben analizar, por lo tanto, las actitudes adoptadas por las empresas con el objetivo de encausar o manejar esta rivalidad.

Por regla general, la competencia constituye un peligro para las empresas, peligro del cual intentan protegerse. Diversos mecanismos se utilizan para este efecto; en ciertos casos las empresas intentan desarrollar una ventaja con relación a sus competidores. En otras situaciones, ellas se esfuerzan por entorpecer el nacimiento y/o desarrollo de sus rivales. De manera característica, ciertos comportamientos son puestos en obra para alcanzar ambos objetivos.

3.1 ESTRATEGIAS COMPETITIVAS

Básicamente son dos estrategias que permiten a la empresa protegerse de la competencia. La primera estrategia consiste en desarrollar, en relación con los competidores, una ventaja competitiva con el objeto de suscitar la adhesión de los aliados. La empresa propone a los aliados una prestación (bien o servicio) que no conoce equivalente en el mercado. Ella refuerza así la posibilidad de ser escogida por ellos.

La segunda estrategia concierne más a la relación con los rivales. Para protegerse, la empresa entorpece el funcionamiento del mercado. El efecto puede ser obtenido especialmente impidiendo a un rival acceder al mercado. También puede alcanzarse eliminando los rivales ya presentes en el mercado y que representan una amenaza inmediata para la empresa; lo anterior generalmente se alcanza con una estrategia eficiente de fusiones y adquisiciones de empresas.

Estas estrategias corresponden de manera esquemática a situaciones diferentes. La primera situación puede apreciarse en mercados caracterizados por una viva competencia. Los mercados de esta naturaleza comportan, generalmente, varias empresas que adelantan estrategias distintas. En esta situación los aliados (empresas y/o consumidores) disponen de una elección real entre las diferentes opciones ofrecidas por el mercado.

Las empresas para protegerse de la rivalidad, suelen optar por la “eliminación” de éste (fusión y/o adquisición) o impedir la entrada de una nueva empresa a su mercado. Lo anterior suele ser difícil de alcanzar; en efecto, ellas no disponen en ocasiones de los medios que permiten poner en práctica una estrategia eficaz para eliminar a sus rivales y aun en el caso de que logren eliminar a un rival, no escaparían a la competencia. Después de la eliminación del rival, estas empresas se ven enfrentadas a otros competidores, que representarían el mismo peligro. En estas condiciones, más vale concentrarse en sus propios productos (bienes y/o servicios).

La mejor protección consiste en mejorar éstos últimos desarrollando una ventaja competitiva. Con el éxito de esta estrategia, la supervivencia y el desarrollo de las actividades de la empresa serán asegurados.

En varios mercados se constata que las empresas intentan adquirir ciertos competidores. Este procedimiento debe ser considerado, primeramente, como una manera de desarrollar una ventaja competitiva. Gracias a las adquisiciones, la empresa disminuye sus costos y aumenta su participación en el mercado. Las operaciones de adquisiciones y/o fusiones de empresas son consideradas igualmente como estrategias de crecimiento en los respectivos mercados y/o industrias.

El procedimiento también pertenece a la segunda estrategia (entorpecimiento de la competencia) cuando la rivalidad se encuentra disminuida en el mercado. Antes de ese momento, adquirir un competidor tiene poco sentido si el objetivo es disminuir la rivalidad, por cuanto, después de la operación la empresa todavía estará confrontada a la competencia.

En otras situaciones, la competencia se encuentra debilitada. Esta situación puede identificarse, de manera típica, en los mercados dominados por una empresa. Estos mercados se caracterizan, en principio, por la existencia de una firma única o por la presencia de varias empresas, de las cuales una ocupa una posición particularmente poderosa. Esta empresa puede tener interés de evitar la aparición de un nuevo competidor o de eliminar un rival muy emprendedor.

La competencia representa, en efecto, un peligro para ella. Su poder de mercado puede ser cuestionado, por cuanto las actividades desplegadas por el rival pueden implicar una disminución en la participación que posee la empresa en el mercado. Así mismo, el rival puede impedir que la empresa dominante goce plenamente de las ventajas conferidas por dicho poder de mercado: **una política de tarifas más bajas en un determinado servicio, puede entorpecer la política de precios de la empresa dominante, siempre y cuando esta no sea tipificada dentro de las conductas consideradas por la ley como prácticas ilegales del mercado.**

Igualmente, existe una situación caracterizada por un debilitamiento de la competencia. Sin embargo, este debilitamiento resulta de circunstancias diferentes. El mercado no es dominado por una empresa determinada; por el contrario, existen varias empresas que ejercen la actividad concernida. No obstante, la competencia se encuentra reducida en razón de los comportamientos adoptados por los participantes. Dicha homogeneidad puede tener varias razones: así, puede resultar de un acuerdo concluido entre empresas; en el marco

de tal acuerdo, las empresas determinan en conjunto la estrategia que llevarán a la práctica.

La elección desaparece entonces para los aliados, pues éstos se verán enfrentados a una estrategia única, como si las empresas formaran una sola empresa: esta situación puede corresponder a lo que el marco normativo del derecho de la competencia denomina Acuerdos entre Empresas y/o formación de Carteles. El doctor Mauricio Velandia en su texto derecho de la competencia y del consumo manifiesta que la obligación principal de una empresa cuando entra al mercado es la de competir, que dicha obligación tiene origen constitucional cuando en este texto legal se afirma que la competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades. En tal sentido la obligación principal de una empresa es competir, buscando su diferencia con otra, de ahí que los comportamientos arreglados entre competidores sean castigados por la ley en la medida en que acaban con la competencia.

También la homogeneidad puede resultar de otras circunstancias; ningún acuerdo es formalmente concluido (sin embargo, las empresas adoptan un comportamiento similar; por ejemplo, ellas **elevan el precio en proporciones idénticas, en momentos similares, en las mismas gamas de productos**; sin embargo, las empresas adoptan comportamientos similares (la legislación nacional de la competencia denomina a esta situación Prácticas Paralelas o Conscientemente Paralelas); las empresas vigilan el comportamiento adoptado por los otros participantes y actúan en el mismo sentido cuando tienen la ocasión: La homogeneidad resulta entonces de un mimetismo: la convergencia se facilita de manera particular cuando el número de participantes en el mercado correspondiente es reducido (oligopolio). De lo anterior se evidencian que pueden existir acuerdos entre empresas de carácter excluyente con los cuales buscan eliminar otros competidores, reduciendo así las alternativas de selección o escogencia para el consumidor; estos acuerdos se caracterizan por la creación de

obstáculos o de barreras que impiden bien sea la permanencia o bien sea el ingreso de otras empresas a la respectiva industria.

La otra modalidad de acuerdo o cartel es el denominado **colusorio**, el cual se presenta cuando entre ellas mismas se pacta el no competir entre ellas y pudiendo igualar su actuar en determinados aspectos del mercado.

En el cartel y en el oligopolio, las empresas también pueden tener interés de impedir la aparición o la supervivencia de un rival. Que esté o no presente sobre el mercado, el verdadero competidor cuestiona la convergencia de los comportamientos. Éste puede atraer una parte sustancial de la clientela, disminuyendo así las utilidades obtenidas por los otros concurrentes. Por lo demás, el rival puede introducir un desacuerdo en el cartel o en el oligopolio, por ejemplo, **si el rival fija precios bajos**. Para contrarrestar esta política, algunos participantes bajarán sus precios, pero otros estarán en la imposibilidad de hacerlo.

Las empresas recurren así a estrategias diferentes, según que la competencia sea intensa o débil. El entorpecimiento de la competencia es intentado, principalmente, en los mercados sometidos a una firma dominante, a un cartel o a un oligopolio. Para las empresas dominantes, esto tiene sentido en un plano estratégico.

La perspectiva es diferente cuando existe una viva competencia.

Las empresas intentan, entonces, en la mayor parte de los casos, vencer a sus rivales desarrollando una ventaja competitiva y proponiendo a los aliados una oferta susceptible de ganar su adhesión.

3.2 DESARROLLO DE LA VENTAJA COMPETITIVA

Con el objetivo de vencer a los competidores, en una primera estrategia, la empresa intentará mejorar la relación con los aliados (empresas y/o consumidores) desarrollando una ventaja competitiva en relación con los competidores, en un contexto caracterizado por mercados sometidos a una competencia intensa.

3.2.1 Búsqueda del Liderazgo. La primera estrategia consiste en construir, mediante el propio esfuerzo empresarial, una posición en la cual la empresa pueda ser difícilmente vencida. A partir de esta posición, la empresa puede proponer a otras empresas y consumidores potenciales, prestaciones (bienes y servicios) verdaderamente únicos, es decir, que no puedan ser obtenidos de un rival. La empresa se encuentra así protegida, en una medida sustancial, contra la presión y el riesgo ligados a la competencia.

En esta situación, la originalidad no resulta solamente de una voluntad de diferenciación. No se trata de introducir en los bienes y servicios ofrecidos algunas características técnicas que compliquen la comparación con aquellas de sus rivales. En la ventaja competitiva, la originalidad afecta la sustancia misma de los bienes y servicios ofrecidos, es decir, éstos tienen la virtud de satisfacer en mayor medida la necesidad del usuario final: otras empresas o los consumidores potenciales. La búsqueda del liderazgo tiene que ser asumida por parte de las empresas como una mentalidad gerencial distintiva que siempre las guíe en la búsqueda de la posición de liderazgo; tal mentalidad gerencial influirá notoriamente en las demás actitudes que la empresa adopte para la búsqueda de las correspondientes ventajas competitivas.

El objetivo de esta estrategia consiste, entonces, en desarrollar una ventaja que le asegure una superioridad a la empresa. El objetivo es que la compañía sea la

única en capacidad de ofrecer la prestación concernida en el mercado. La superioridad también puede intervenir en las condiciones que rodean la provisión de una prestación –bien o servicio- que es igualmente ofrecida por las otras empresas concurrentes en el mercado.

Por ejemplo, la empresa puede proponer a sus aliados **una cantidad superior o un precio más conveniente**. En los dos casos, el objetivo es superar al rival, apareciendo ante los ojos de sus clientes como la mejor alternativa.

3.2.2 Innovación. Usualmente, las ventajas competitivas se fundan sobre las innovaciones. La empresa imagina una prestación nueva o aun un procedimiento que mejora la producción o comercialización de una prestación (bien o servicio) existente. Al poner en obra esta innovación, ella espera superar a sus competidores. La clientela podrá así ser capturada, esperando que ella ulteriormente quede ligada a la empresa, a pesar del aumento de la competencia.

En el proceso, la innovación ocupa un lugar esencial, pues ella permite el nacimiento de la nueva tecnología. La eficiencia es igualmente importante, pues ella asegura que la idea reciba en la empresa la atención que merece y que sea puesta en práctica en las mejores condiciones.

El procedimiento tiene mayor éxito en la medida que la ventaja sea más difícil de copiar. Esto depende especialmente de la complejidad que reviste el proyecto. Reproducir un proyecto complejo exige tiempo y estrategias considerables. Sin embargo, la complejidad no comporta una ventaja en todos los casos. Ello implica también riesgos, que pueden ser sustanciales. La dificultad de reproducir una innovación provee un índice sobre la dificultad de ponerla en obra.

La innovación puede ser, entonces, analizada como una actividad que comporta, para la empresa, un riesgo, que ésta espera compensar con un beneficio futuro.

En principio, el beneficio es proporcional a la complejidad del caso y al riesgo que representa. Mientras más compleja es una ventaja competitiva, menos grande es la probabilidad que sea rápidamente copiada por los competidores.

Más elevada es entonces la probabilidad que la empresa sea la única, durante un período relativamente largo, que se dirige a los aliados. Y finalmente, mayores son las utilidades que la empresa espera realizar.

La complejidad provee una protección aleatoria contra la competencia. La empresa se obliga en un proyecto, cuando ella tiene la convicción de poder realizar una utilidad sustancial.

Ahora bien, esa perspectiva futura de utilidad o esperanza de un beneficio anima también a los competidores, lo que les incita a entrar en la actividad.

Usualmente, la dificultad es resuelta demandando ante las autoridades respectivas una cierta protección (no todas las innovaciones pueden ser protegidas. La protección es acordada bajo ciertas condiciones, que son específicas de las reglamentaciones nacionales y de las convenciones internacionales).

Las autoridades económicas de un país son conscientes de las cuantiosas inversiones que en ocasiones tiene que realizar las empresas en sus proyectos de investigación y desarrollo para la búsqueda de innovaciones en diferentes segmentos para la prestación de los respectivos servicios o para la generación de determinados productos. Entienden dicha inversión como factor dinámico igualmente de la economía del país, motivo por el cual establecerán mecanismos básicamente de carácter legal que les permitirá a las empresas con posterioridad recuperar las inversiones efectuadas. Uno de dichos mecanismos de carácter legal es el establecido por el derecho de la propiedad industrial en lo concerniente a las patentes, esto es, la posibilidad exclusiva de que una empresa explote

comercialmente la innovación y sea simultáneamente protegida por el estado de la eventual competencia de parte de sus competidores en lo que se refiere a la innovación protegida. Cuando esta protección es acordada, la empresa, en la mayor parte de los casos, puede gozar en exclusividad de la innovación que ha realizado. Toda imitación es prohibida, perseguida y sancionada, durante el período cubierto por la protección. La innovación puede solamente ser autorizada por los terceros, si ellos son autorizados por la empresa propietaria de la misma.

Para los rivales, la sola posibilidad consiste en solicitar una autorización de uso de la innovación a la empresa. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, ellos deberán pagar a la empresa sumas de dinero relativamente importantes.

Otra opción consiste en innovar también, imaginando un procedimiento que alcance un resultado similar. Si consiguen crear un procedimiento alternativo, los rivales podrán proponer a los aliados potenciales una solución diferente que puede rivalizar con la ventaja competitiva original.

Los rivales pueden igualmente esperar la expiración de la protección. Después de la expiración, los rivales podrán reproducir la innovación. Sin embargo, es posible que el mercado esté entonces saturado. Generalmente, éste es el caso si la empresa ha comercializado la prestación de manera satisfactoria.

Por lo demás, el fin de la protección implica usualmente la llegada de numerosas empresas al mercado. La competencia es entonces viva, con los efectos que se pueden esperar de esta situación en la perspectiva de la realización de beneficios o utilidades.

3.3 ENTORPECER LA COMPETENCIA

Para una empresa, no es siempre fácil desarrollar una ventaja competitiva, ésta implica una real creatividad y una gran eficacia. Por este motivo, las empresas están tentadas para utilizar otro procedimiento, que no implique una mejora de sus prestaciones (bienes y servicios ofrecidos). Este procedimiento puede consistir en impedir el nacimiento, el desarrollo o el mantenimiento de alternativas en el mercado.

El objetivo es eliminar la competencia. Cuando este resultado no puede ser alcanzado, la empresa busca entorpecer las actividades ejercidas o proyectadas por el rival de manera de impedir, en la medida de lo posible –en el marco de la legalidad-, el nacimiento o el desarrollo de una oferta distinta.

En ocasiones, estos comportamientos son objeto de prohibiciones contenidas en el marco legal de la competencia y que se encuentran en el centro de la mayor parte de los casos que son sometidos a las autoridades encargadas de aplicar el derecho de la competencia.

Dichas situaciones dependen en sustancia de dos consideraciones: Primera, ¿el rival está dentro o fuera del mercado respectivo?; en seguida, ¿puede la empresa soportar o no la presencia, aun temporal, de un rival en su territorio?

Sobre la base de estos criterios, se puede prever tres situaciones, las cuales sistemáticamente se analizan de la siguiente forma.

3.3.1 Primera Situación: La Empresa impide el nacimiento de un rival. En una primera situación, el rival intenta penetrar en el mercado, pero choca con la oposición de la empresa o las empresas que ya se encuentran en él, pudiendo, por ejemplo, negar el acceso a un recurso esencial sometido a su control.

3.3.2 Segunda Situación: La Empresa elimina el rival. En esta situación, la empresa se enfrenta a un rival en el mercado. Sin embargo, ella no tolera la presencia de éste último. La solución consiste en eliminarlo.

Diversos métodos se pueden utilizar para este efecto. El único límite que tiene la empresa para lograrlo es la propia imaginación. No obstante, todos los medios no pueden ser utilizados de manera lícita. Así mismo, existe una variedad de prohibiciones impuestas a las empresas en el cuadro de las prácticas, especialmente en **lo tocante a las políticas de precios**. Cuando las sanciones establecidas no contienen un elemento disuasivo tal que impida que las empresas realicen estos comportamientos para eliminar a las empresas rivales, en una relación costo beneficio, entendida en el supuesto como sanción mínima y eliminación de un competidor, las empresas muy probablemente generaran las acciones que tiendan a eliminar al competidor.

Algunas de dichas variedades son:

- **Venta a pérdida:** una práctica frecuentemente utilizada consiste en fijar, en el mercado, un precio inferior al costo. Recurriendo a esta práctica, la empresa espera provocar en el rival una pérdida que lo obligue a abandonar el mercado. Este tipo de comportamiento no ha pasado inadvertido por las autoridades de la competencia, lo que ha permitido establecer una regla importante: las empresas dominantes no pueden practicar precios inferiores a su costo variable, entendido éste como el costo promedio de fabricación del producto o de prestación del servicio para una empresa.
- **Combinaciones de precios:** La segunda práctica concierne a las empresas presentes en dos mercados distintos. Estas firmas aprovechan esta posición particular para combinar los precios que ellas practican en uno u otro mercado. **La intención es igualmente suscitar una pérdida en los competidores.**

3.3.3 Tercera Situación: Entorpecer el desarrollo del competidor. Las situaciones, acabadas de describir en los dos numerales anteriores, presentan un carácter radical, pues conllevan la eliminación de un rival o, si este último no estaba todavía presente en el mercado, el uso de un procedimiento conducente a impedir su entrada.

Entre estos extremos, una situación intermedia debe ser analizada: en efecto, el rival puede estar presente en el mercado sin que la empresa busque expulsarlo o eliminarlo (el rival ha llegado a entrar en el mercado, eventualmente contra la voluntad de la empresa, o tal vez se encuentra en el mercado desde hace ya algún tiempo).

Una actitud más flexible consiste en que la empresa se contenta con impedir el desarrollo de su rival. Para alcanzar este resultado, el medio clásico consiste en exigir a los aliados que consientan en una **cierta exclusividad** en beneficio de la empresa. En un contexto marcado por dicha exclusividad, los rivales no pueden establecer relaciones con los aliados potenciales; de esta forma, su desarrollo se ve entorpecido.

La exclusividad puede ser impuesta contra la voluntad del aliado, pues la empresa puede negarse a establecer relaciones comerciales si el aliado no acepta plegarse a sus condiciones (rechazo condicional). La exclusividad también puede ser obtenida por medio de incitantes (medios que intentan guiar el comportamiento de las partes imponiéndoles una obligación o prometiéndoles una ventaja, si ellos adoptan el comportamiento deseado).

Un subsidio u otra ventaja pueden ser otorgados a los aliados, a cambio de una renuncia a una parte de su libertad. De esta manera, la empresa puede ser más o menos exigente en la extensión de las condiciones que desea imponer.

En ciertos casos, no se pide una exclusividad total, el aliado es solamente invitado a proveerse ante la firma en una medida significativa. Se puede también solicitar una cierta fidelidad o regularidad en los pedidos.

Uno de los medios para lograr este objetivo son las denominadas **rebajas**: las empresas recurren usualmente a ellas para asegurarse una ventaja.

Según el caso, la práctica puede estar destinada a entorpecer el desarrollo del competidor.

Ella puede también tener un objetivo más radical, que consiste en eliminar o –si todavía no ha entrado al mercado– impedir el nacimiento del competidor. Las rebajas toman usualmente formas diversas.

Las rebajas pueden ser consentidas bajo formas muy diferentes. Así, las empresas pueden prometer descuentos que dependan del grado de fidelidad o de exclusividad prometida por el cliente. Las rebajas no están limitadas, en todos los casos, a los aliados que prometan una exclusividad total. Ellas son otorgadas, en ocasiones, a las empresas que se comprometan sólo respecto de una parte de sus necesidades.

En ciertas situaciones, los objetivos son impuestos por el proveedor a estas empresas, y en este caso la rebaja es otorgada si se alcanzan los montos que han sido determinados (**objetivos de venta**).

A veces, ciertas empresas someten la concesión de descuentos a la compra de una cantidad determinada en diferentes mercados (rebajas generales).

3.4 COMPORTAMIENTOS PUESTOS EN LA PRÁCTICA

Son algunos medios susceptibles de ser usados por la empresa para protegerse contra la competencia. Estos medios (comportamientos) dependen sustancialmente de las relaciones que comprometen a la empresa. Los competidores mantienen, de manera general, relaciones indirectas; ellos se encuentran raramente en presencia inmediata uno del otro. Esto tiene una incidencia en los comportamientos que puede utilizar la empresa en vista de entorpecer el nacimiento o el desarrollo de los competidores.

En principio, la empresa raramente puede alcanzar al competidor de manera directa (por ejemplo, ella no puede negarle tecnología si el competidor dispone de otra fuente que le permita obtenerla).

Por lo tanto, si la empresa dominante quiere alcanzar al competidor, debe recurrir, en la mayor parte de las situaciones, a medios indirectos (de manera típica, la empresa intentará alcanzar al competidor a través de los aliados de que dispone y que se encuentran en relación con el competidor).

Algunos de dichos comportamientos usualmente utilizados por la empresa para lograr dichos objetivos de entorpecimiento de la competencia son, entre otros:

- **Actuar sobre los aliados:** La empresa intenta comprometer a los aliados, el término aliados en este contexto se refiere a los consumidores, tanto reales como potenciales de las empresas. La idea es impedir que éstos se dirijan a sus competidores. Así el rival será, según el caso, eliminado, limitado en su expansión o entorpecido en su proyecto de penetrar en el mercado. En esta categoría se pueden ordenar los comportamientos por los cuales la empresa **exige a los aliados la exclusividad, o en todo caso la fidelidad, por una parte importante, o bien la totalidad de sus negocios. La venta a pérdida forma también parte**

de esta categoría. Los aliados se dirigen a la empresa dominante, en razón de **los precios atractivos** fijados por esta última. La sola manera para el competidor de atraer a los aliados consiste en adoptar un comportamiento similar. De esta forma, el rival es llevado a vender a un **precio inferior al costo**. En esta situación, la empresa dominante espera que el competidor sufra una pérdida que le obligue a abandonar sus actividades.

- **Actuar sobre los competidores:** En situaciones determinadas, la empresa está en posición de actuar directamente sobre el competidor. Este es el caso cuando ambas empresas están en relación inmediata. Dicha situación en principio es bastante rara, ya que las relaciones entre los competidores presentan en general un carácter indirecto.

La acción sobre el competidor interviene, de manera general, cuando el rival tiene necesidad de la empresa para ejercer sus actividades.

Ello es así en los casos en que se presenta el comportamiento de las **combinaciones de precios:** en estas situaciones las empresas desarrollan sus actividades paralelamente en dos mercados: en el mercado primario, la empresa dominante controla un recurso esencial para el ejercicio de una actividad que pertenece al mercado secundario.

Es en el último mercado donde se encuentra el competidor: para ejercer sus actividades, el competidor debe acceder a los recursos controlados por la firma principal.

- **Recursos esenciales:** En general son llamados esenciales. Están bajo control de una empresa determinada, es decir, éstos no pueden ser obtenidos de ninguna otra manera, a no ser dirigiéndose a la empresa dominante y estos

recursos son indispensables para el desarrollo de una actividad derivada –no es posible utilizar un sustituto ni obtener el producto en otro lugar-.

En esta situación, las firmas presentes en los mercados derivados deben dirigirse a la empresa que controla el recurso esencial. Sin la colaboración de esta empresa, ellas no pueden ejercer sus actividades.

Estos recursos ilustran bien las estrategias utilizadas por las empresas para protegerse de la competencia, ya que muestran qué tipo de ventaja puede ser desarrollada para vencer a los competidores. La primera estrategia: (ventajas competitivas) y también indica cómo estas ventajas son utilizadas por sus poseedores con el propósito de entorpecer la competencia y no solamente para mejorar sus prestaciones.

4. ESTRATEGIAS DE MARKETING O DE MERCADOTECNIA

Las empresas insertas en la competencia de un mercado determinado utilizan diferentes estrategias para que puedan alcanzar sus objetivos de crecimiento y rentabilidad; gran parte de dichas estrategias corresponden a decisiones gerenciales de marketing.

En este capítulo se describirán estrategias específicas desde el marketing y la utilización de sus instrumentos gerenciales.

Se parte entonces del concepto de cartera de productos-mercados, el cual ocupa una posición central en este proceso de análisis estratégico, el cual tratará de favorecer un análisis de las actividades de la empresa y sugerir igualmente una gestión selectiva y una asignación de los recursos tan óptima como sea posible.

Con base en el diagnóstico resultante de éste análisis de cartera, se considerarán por parte de la empresa diferentes estrategias de desarrollo, cada una de ellas con sus diferentes implicaciones competitivas y financieras.

4.1 ANÁLISIS DE LA CARTERA DE ACTIVIDADES

El objetivo de un análisis de cartera consiste en ayudar a la empresa a asignar los recursos escasos entre los diferentes productos-mercados en los cuales ella está representada o está compitiendo.

En el caso general, el procedimiento a seguir consiste en caracterizar la posición estratégica de cada actividad en referencia a dos dimensiones independientes: el atractivo intrínseco de los segmentos del mercado de referencia donde se ejercen las actividades –donde se compite- y la fuerza competitiva de la empresa en cada producto-mercado considerado, esto es si la empresa considera que los diferentes

recursos que posee le permite acometer la actividad empresarial con su respectivo producto y/o servicio y el territorio geográfico analizado.

Diferentes métodos de análisis han sido desarrollados, tomando la forma de representaciones matriciales –matrices-, donde son utilizados diferentes indicadores para medir las dimensiones de atractivo y de competitividad.

Los dos métodos más utilizados son: el método del Boston Consulting Group (BCG), llamado matriz crecimiento-cuota de mercado y el método atribuido a la Empresa General Electric, denominado matriz atractivo-competitividad.

4.1.1 Matriz “Crecimiento – Cuota de Mercado” Boston Consulting Group (BCG). Jean Paul Sallenave en su texto Gerencia y Planeación Estratégica establece que la función principal de una matriz gerencial (en el caso concreto de la **BCG** es proporcionar un marco de referencia documental sobre el cual se guíen las diversas acciones comerciales estableciendo, para estas últimas como componentes principales los conceptos producto, mercado y competencia¹⁴. Esta matriz por lo tanto proporcionara desde el punto de vista gerencial “Mercadeo” el curso normal que trae el desarrollo y lanzamiento de un producto para una empresa, pasando desde la inquietud inicial de la expectativa de resultados hasta el momento final de declinación o retiro del producto del mercado.

Esta matriz está construida en torno dos criterios: la tasa de crecimiento del mercado de referencia que sirve de indicador del atractivo, y la cuota del mercado relativa al competidor más peligroso que es utilizada como indicador de la competitividad mantenida. Es igualmente la representación gráfica del conjunto de los negocios en los cuales la empresa opera.

¹⁴ Sallenave, Jean paul. Gerencia y planeación estratégica. Segunda edición de bolsillo 19997. grupo editorial Norma. Bogotá. pp. 229 – 230

En la dimensión **CRECIMIENTO DEL MERCADO O PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO**, el punto de referencia que distinguirá las actividades de crecimiento fuerte de las tasas de crecimiento débil, corresponde a la tasa de crecimiento de los diferentes segmentos en los cuales opera la empresa (mercados).

La dimensión **CUOTA DE MERCADO RELATIVA O CRECIMIENTO DE LA DEMANDA** señalará la participación débil o fuerte de la empresa en los segmentos de mercado en los que actúa, en relación con sus principales competidores más inmediatos o peligrosos. Esta noción de cuota de mercado está correlacionada positivamente con la experiencia y por ello con la rentabilidad.

Se deben considerar igualmente dos hipótesis fundamentales para el entendimiento de esta matriz, en la cual una de ellas se apoya en la presencia de efectos de experiencia y la otra en el ciclo de vida del producto:

Del hecho de la presencia de un **efecto de experiencia**, una cuota de mercado relativa implica una ventaja competitiva en términos de costo con relación a los competidores; inversamente, una cuota de mercado débil implica una desventaja en términos de costo unitario. La curva de experiencia es por tanto la habilidad adquirida por parte de una empresa en el desarrollo de un producto.

La implicación directa de esta primera hipótesis es que el competidor más poderoso tendrá una rentabilidad mejor a **precios corrientes de mercado**, esto es la experiencia adquirida conducirá al ahorro de costos en las diferentes variables, lo que finalmente, puede traducirse en la determinación final del precio al consumidor.

Por otra parte, el hecho de estar situado en un **mercado de crecimiento** implica una necesidad elevada de liquidez para financiar el crecimiento; inversamente, la

necesidad de liquidez es débil para un producto situado en un mercado de débil crecimiento.

La implicación directa de estas dos hipótesis es que las necesidades financieras necesarias para los productos situados en los mercados en crecimiento serán mucho más importantes que para los productos que operan en los mercados estancados o débiles.

La representación gráfica de la matriz BCG se basa en el siguiente esquema:



De la representación gráfica de la matriz en mención, se obtienen por lo tanto, cuatro cuadrantes que definen cada una de las cuatro situaciones fundamentales diferentes, en términos de necesidades financieras para su funcionamiento y que deberán ser gestionadas de forma distinta sobre el plan de estrategia de marketing a seguir. Estas hipótesis pueden identificar cuatro grupos de productos – mercados muy diferentes en términos de objetivos estratégicos prioritarios y en términos de necesidades financieras muy precisas:

- **“Vacas lecheras”**: productos cuyo mercado de referencia está en débil crecimiento, pero para los cuales la empresa posee una cuota de mercado relativa elevada; estas unidades deben, en principio, proporcionar liquidez financiera importante y consumir poco. Son los productos que ya están posicionados en el mercado y que le generan a la empresa una fuente de flujo de efectivo o de recursos, debido a que no requieren más inversión en su desarrollo. A su vez, constituyen una fuente de financiamiento para sostener las actividades de diversificación (incurrir en otros mercados con otros productos diferentes o con productos similares relacionados a su negocio original).
- **“Pesos muertos”**: son aquellos productos presentes en una industria con madurez de estancamiento o declinación, esto es, sectores que ya no representan crecimiento; y son productos que se caracterizan porque no contribuyen a la obtención de una utilidad o crecimiento de la empresa en términos significativos. La estrategia de aumentar la cuota de mercado que es la que debería hacerse en esta situación, es poco factible frente a competidores con ventajas en costos. Mantener viva tal actividad se traduce generalmente en una sangría financiera sin esperanza de mejora. El objetivo estratégico a considerar sería el de retirarse de dicho mercado.
- **“Dilemas”**: son aquellos productos que pueden representar las expectativas de la empresa a corto plazo, ya que no se puede determinar su aceptación o no

entre los consumidores. Se encuentran en este grupo los productos con débil cuota de mercado relativa en un mercado de expansión rápida, y que exige importantes fondos para financiar el crecimiento; se trata de identificar actividades que puedan ser promovidas con posibilidades de éxito.

A pesar de su desventaja con relación al líder (si la industria tiene un líder), estos productos tienen siempre la posibilidad de aumentar su cuota de mercado. Si un apoyo financiero importante no es asignado a estos productos, evolucionarán progresivamente hacia la situación de “pesos muertos” a medida que se desarrolle el ciclo de vida. El objetivo estratégico es desarrollar la cuota de mercado o de retirarse. Son productos que inicialmente contribuyen al crecimiento de la empresa, pero de los cuales no se espera una contribución importante a las utilidades ya que exigen en sus inicios inversiones en investigación, desarrollo, producción y mercadeo.

- **“Estrellas”**: estos son los productos que contribuyen principalmente al crecimiento de las utilidades de la empresa y que llegado el momento de consolidación de los mismos serán los denominados posteriormente los productos “vacas lecheras”.

Es importante tener en cuenta en la interpretación de este modelo, la definición del mercado de referencia en el cual una actividad –prestación- compete.

La cuota de mercado relativa compara el vigor de una actividad con relación a las de los competidores.

Si el mercado está definido demasiado estrechamente, la empresa se convierte indudablemente en el líder del segmento; si esto es demasiado amplio, está representada como débil.

Las interpretaciones que pueden surgir del análisis de la matriz BCG (Boston Consulting Group) pueden ser las siguientes, y que tendrán incidencias desde el punto de vista del mercadeo, de la gerencia estratégica, de lo legal y de lo financiero:

La posición sobre la matriz supone una indicación sobre la **estrategia a considerar (incidencia, desde lo gerencial)** para cada producto: manteniendo el liderazgo para las estrellas; abandono o perfil bajo para los pesos muertos; inversión y desarrollo selectivo para los dilemas; rentabilización máxima para las vacas lecheras.

La posición sobre la matriz permite apreciar las **necesidades financieras y el potencial de rentabilidad (incidencia desde lo financiero)**. El beneficio es, en principio, función de la posición competitiva; la necesidad de financiación es generalmente función de la fase del ciclo de vida, es decir, del grado de madurez del mercado de referencia, no es lo mismo el grado de inversión, esto es, de los recursos que se le asignará a un producto ubicado en la posición de dilema, a las que requieren un producto ubicado en la posición de vaca lechera.

El reparto de la cifra de ventas según los cuadrantes permite evaluar el **equilibrio de la cartera de actividades**. El ideal es disponer a la vez de productos susceptibles de generar recursos y de productos en fase de introducción o de crecimiento, encargados de asegurar la renovación a tiempo de la empresa, siendo financiadas las necesidades de los segundos por los primeros, lo anterior se evidencia en la transición de aquellos productos considerados en un momento determinado estrellas y que posteriormente con una buena administración y gestión pasan a ocupar la posición de vacas lecheras.

A partir de este tipo de diagnóstico, la empresa puede considerar diferentes estrategias dirigiendo sus esfuerzos, ya sea a mantener, ya sea a restaurar el

equilibrio de su cartera de actividades: este esquema por tanto permite construir **escenarios de desarrollo (la modalidad del análisis de escenarios esta representada por la denominación gerencial nominada prospectiva)** para los años futuros sobre la base de tasas de crecimiento esperadas, teniendo en cuenta los objetivos de cuotas de mercado para cada actividad o prestación y para diferentes hipótesis sobre las estrategias adoptadas por los competidores directos, esto es analizar el escenario de competencia futuro por parte de la empresa.

Las situaciones que podría brindar la matriz en cuestión sobre el grado de desarrollo o innovación de los productos y servicios serían las siguientes: demasiados productos en fase de envejecimiento indican un peligro de deterioro, incluso si los resultados actuales son muy positivos. Demasiados productos jóvenes pueden conducir a problemas de financiación, incluso si las actividades son sanas, con el riesgo de pérdida de independencia que este tipo de situación suscita infaliblemente.

También permite analizar la **desviación estratégica**, desde la incidencia de las acciones estratégicas (administración estratégica) es decir, la diferencia observada entre resultado alcanzado y resultado deseado, permitiendo también identificar los **medios a poner en marcha** para absorber esta desviación, ya sea por una mejora del rendimiento de las actividades existentes, ya sea por un abandono de actividades que absorben demasiados recursos sin una esperanza real de mejora, ya sea, finalmente, por actividades nuevas cuyo objetivo es equilibrar la estructura de la cartera.

En un análisis dinámico de este modelo matricial, es posible observar rutas de éxito y de fracaso que pueden adoptar las empresas en la competencia en su respectiva industria y que podrían enmarcar las diferentes posturas asumidas por la disciplina de la Administración e igualmente por el Derecho:

- **La trayectoria del innovador:** empresas innovadoras, las cuales utilizan los recursos financieros generados por las vacas lecheras para invertir en investigación y desarrollo y que penetra en un mercado con un producto nuevo para la gente que sustituirá a los productos estrella existentes. Estas empresas acuden con frecuencia a lo proporcionado por la legislación relativa a la propiedad intelectual y mediante la cual básicamente, buscan explotar los beneficios conferidos por dicha legislación desde el punto de vista gerencial: explotación comercial exclusiva durante un periodo determinado de tiempo.
- **La trayectoria del seguidor:** son aquellas empresas que se ven obstaculizadas en su actuar por las restricciones que implantan los líderes, generalmente a través de los mecanismos de los derechos de la propiedad industrial y que les dificulta su accionar; utilizan los recursos aportados por las vacas lecheras y que entra como dilema en un mercado dominado por un líder y que adopta una estrategia agresiva de desarrollo de su cuota de mercado.
- **La trayectoria del desastre:** son aquellas empresas que no se preocupan en el nivel pertinente por mantener estrategias de crecimiento y que usualmente son las que recurren frecuentemente a acciones consideradas por la legislación como ilegales (prácticas restrictivas del mercado y actos de competencia desleal), en las cuales un producto estrella pierde cuota de mercado por inversiones insuficientes y que le convierten en dilema.
- **La trayectoria de la mediocridad permanente:** que describe la situación de un dilema que vegeta sin conseguir aumentar su cuota de mercado y que se sitúa en el cuadrante de los pesos muertos.

4.1.2 Matriz “Atractivo-Competitividad”. La matriz del Boston Consulting Group (BCG) se apoya sobre dos indicadores, la cuota de mercado relativa y la tasa de crecimiento del mercado de referencia. Sin embargo, es evidente que el

atractivo de un mercado puede depender de otros muchos factores como su accesibilidad, su tamaño, la existencia de una red de distribución organizada, la ausencia de competidores poderosos, una legislación favorable, entre otros muchos aspectos.

Igualmente, la ventaja competitiva mantenida por una empresa puede derivarse de una imagen de marca, de una organización comercial, de un adelanto tecnológico, entre otros; incluso si la cuota de mercado mantenida es débil en relación al competidor más importante.

Está claro, entonces, que otros factores deben ser tomados en consideración para medir correctamente el potencial de atractivo y de competitividad de una empresa, lo que significa que deben tomarse en consideración otros elementos que inciden notoriamente en el análisis de los dos factores anteriores, generándose por lo tanto un diseño multicriterio a nivel matricial.

La matriz de “Atractivo-Competitividad”, por tanto, se encargará de elegir un juego de indicadores de atractivo y un juego de indicadores de competitividad.

Al contrario de lo que se hace en el método de la matriz anterior (BCG), las notas de atractivo y competitividad se apoyan sobre evaluaciones subjetivas.

El proceso de evaluación puede, sin embargo, ganar en objetividad interpersonal, en la medida en que se recurra a varios “jueces” que operen independientemente y en que después se confronten las evaluaciones recogidas, con el fin de reconciliar o de explicar las diferencias y los desacuerdos observados.

En la interpretación de esta matriz multicriterios, se obtiene un sistema de clasificación de dos dimensiones, similar a la matriz del Boston Consulting Group (BCG) y que también subdivide cada dimensión en tres niveles (débil, medio,

fuerte), lo que conduce a definir nueve casillas, correspondientes cada una a una posición estratégica específica.

Cada una de las zonas corresponde a un posicionamiento específico. Las diferentes actividades de la empresa pueden ser representadas por círculos, cuya superficie es proporcional a la importancia en la cifra total de ventas.

Como resultado, se presentan cuatro posiciones que son las que se representarían gráficamente en los cuadrantes de la matriz:

- **En la zona C**, los atractivos del producto-mercado y la capacidad competitiva de la empresa son elevados; la orientación estratégica a seguir es la de un **CRECIMIENTO OFENSIVO**. Se vuelven a encontrar aquí las características de las “estrellas” de la matriz del BCG. El mercado es completamente atractivo para la empresa y cuenta con los recursos internos suficientes para ocupar una posición de alta participación en el mismo, lo que justifica las diferentes acciones de crecimiento ofensivo (publicidad, mercadeo, investigación y desarrollo dotados de grandes volúmenes de recursos).
- **En la zona A**, los atractivos y las posiciones son muy débiles; la orientación estratégica es la de **MANTENIMIENTO SIN INVERSIÓN O LA DESINVERSIÓN** (venta de dichos negocios a otras empresas). Se encuentran aquí los “pesos muertos”. Es en esta zona en la cual desde la perspectiva gerencial y legal se presentan los fenómenos de las fusiones y/o adquisiciones empresariales.
- **En la zona B**, que es intermedia, la ventaja competitiva es débil, pero el atractivo del mercado de referencia es alto. Esta es la situación típica de los “dilemas”. La estrategia a seguir es la del **DESARROLLO SELECTIVO**. Es la decisión que toma la empresa con relación a aquellos productos y/o servicios que

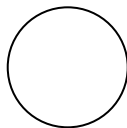
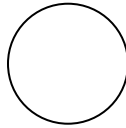
van a ser objeto de una atención preferente en cuanto a la asignación de recursos para su explotación.

- **En la zona D**, se tiene la situación inversa. La ventaja competitiva es fuerte, pero el atractivo del mercado es bajo. Una estrategia llamada de **PERFIL BAJO** consiste en defender la posición sin incurrir en gastos elevados. Estas situaciones se presentan en aquellas industrias que son consideradas por una o por muy pocas empresas para el desarrollo de sus actividades y que puede generar en la posición de monopolio de productores, esto es, ausencia de competidores.

La representación gráfica usual de la matriz acabada de enunciar será la siguiente:

EMPRESA: capacidad competitiva.

(Fortalezas y debilidades)

	debil	medio	fuerte
fuerte (oportunidades y amenazas)	Zona B 		zona C 
debil			
AMBIENTE: MERCADO	zona A		zona D

Las demás zonas corresponden a posiciones estratégicas mal definidas y a menudo difíciles de interpretar, la nota media puede reflejar, ya sea evaluaciones muy altas en algunos criterios y muy bajas en otros, o una evaluación media sobre el conjunto de los criterios. Este último caso, que se observa frecuentemente en la práctica, es a menudo el reflejo de la imprecisión de la información que se posee o de la ausencia de información.

Las opciones estratégicas que pueden ser observadas a partir de la interpretación de esta matriz, pueden ser las siguientes y determinarán las diferentes acciones que emprenderán las empresas según resulten ubicadas en los diferentes cuadrantes:

- Invertir para **mantener la posición actual** y seguir la evolución esperada del mercado.
- Invertir con vistas a **mejorar la posición detentada** desplazando la actividad hacia una posición que le permita mejorar su competitividad.
- Invertir para **reconstruir una posición deteriorada** o perdida; esta estrategia de revitalización es evidentemente más difícil de realizar si el atractivo del mercado es mediano o débil.
- **Reducir las inversiones** con miras a cosechar, lo que lleva a cambiar la posición mantenida frente a los medios financieros, por ejemplo, vender al mejor precio posible.
- **Desinversión** y dejar un mercado o segmento poco atractivo y donde la empresa no tiene la posibilidad de asegurar una ventaja de competitividad defendible.

Las representaciones matriciales permiten sintetizar los resultados de esta vía de reflexión estratégica y de visualizarlas de una manera clara y expresiva.

Contrariamente a las apariencias, su elaboración no es simple, ya que implica la existencia de una información completa y fiable sobre el funcionamiento de los mercados, sobre las fuerzas y debilidades de la empresa y de sus competidores.

Más precisamente, este análisis implica:

Un esfuerzo considerable de análisis para la **división en productos-mercados**, tanto más importante que la pertinencia del diagnóstico final está condicionada por la elección más o menos buena de la segmentación inicial.

Una recogida sistemática y minuciosa de **informaciones muy precisas** que raramente existen como tales y que se deben reconstruir por comprobación; de la fiabilidad de esta información depende también la calidad de los resultados.

Los análisis matriciales pueden brindar así mismo una serie de orientaciones de gestión importantes de carácter adicional tales como:

Moderar las visiones a muy corto plazo, insistiendo en el equilibrio a mantener entre actividades de rentabilidad inmediata y actividades que preparan el porvenir.

Incitar a la empresa a razonar, a la vez, en términos de atractivo del mercado y en términos de capacidad competitiva.

Establecer prioridades en materia de asignación de recursos humanos y financieros y estrategias de desarrollo diferenciadas por actividad.

4.2 ESTRATEGIAS DE CRECIMIENTO

Toda empresa desea crecer, es de su esencia; por lo tanto, los objetivos de crecimiento se encuentran en la mayor parte de las estrategias empresariales; es crecimiento en las ventas, de la cuota de mercado, de las utilidades o del tamaño de la organización.

“El crecimiento es un factor incidente en la actividad empresarial; estimula las iniciativas y aumenta la motivación del personal, es quizás por este factor que, ante tal estímulo y vitalidad, muchas veces las estrategias de mercadeo son concebidas sin considerar su componente legal, esto es, si dicha iniciativa y/o estrategia vulnera o no el marco legal de la competencia empresarial”¹⁵.

Lo anterior se ratifica, cuando se considera que el crecimiento es necesario para sobrevivir a los ataques de la competencia, gracias a los efectos de economías d escala que produce y de experiencia en la actividad empresarial.

El crecimiento en una empresa puede dirigirse hacia tres diferentes niveles:

- Un objetivo de crecimiento en el seno del mercado de referencia en el cual opera o actúa la empresa: **crecimiento intensivo**.
- Un objetivo de crecimiento realizado en el seno del sector industrial a través de una extensión horizontal, por arriba o por debajo de su actividad básica: **crecimiento integrado**.
- Un objetivo de crecimiento que se apoya en las oportunidades situadas fuera de su campo de actividad habitual: **crecimiento por diversificación**.

¹⁵ GUILTINAN, Joseph P. GORDON, Paul W. y MADDEN, Thomas J.. Gerencia de Marketing. Estrategias y Programas. 6a edición. Bogotá: Editorial Mc Graw Hill. p. 225.

Cada uno de estos objetivos de crecimiento posee cierto número de estrategias, las cuales son las más usualmente utilizadas por las empresas en procura del lograr dicho objetivo.

4.2.1 Crecimiento Intensivo: Una estrategia de crecimiento intensivo se justifica para una empresa, cuando ésta no ha explotado completamente las oportunidades ofrecidas por los productos y/o servicios de que dispone en los mercados que cubre actualmente.

Pueden adoptarse diferentes estrategias:

- **Estrategias de penetración de mercados:** consisten en intentar aumentar las ventas de productos actuales en los mercados actuales.

La empresa, por lo tanto, puede intervenir sobre los componentes de la demanda global con el fin de aumentar el tamaño del mercado total – **desarrollo de la demanda primaria-**, esto es, utilizar su base de clientes actual para conseguir el crecimiento del mercado, ya sea a través de acciones tales como: incitar a los compradores para utilizar más regularmente el producto; incitar a los compradores para consumir más por ocasión de consumo y hallando nuevas oportunidades de utilización.

Esta estrategia beneficiará a todos los competidores; debido a que no conlleva competencia intensa por captar nuevos clientes, sino que se centra en los clientes actualmente existentes; es frecuente que sea el líder del mercado el que gane más con este crecimiento.

Otras estrategias utilizadas para la penetración de mercados usualmente utilizadas por las empresas son:

Aumentar las ventas atrayendo a los compradores de marcas o de empresas competidoras por acciones de promociones importantes –**aumentar la cuota de mercado-**, como por ejemplo: mejorar el producto o los servicios ofrecidos; reposicionar la marca; **admitir reducciones sustanciales de precios;** reforzar la red de distribución y **organizar las acciones promocionales.**

Este tipo de acciones se observa principalmente en los mercados donde la demanda primaria se ha convertido en no expansible, en la fase de madurez del ciclo de vida.

Aumentar la cuota de mercado por una estrategia de adquisición o por la creación de una empresa conjunta (joint venture), en lo que se denomina **adquisición de mercados**, como por ejemplo: con la compra de una empresa competidora para tomar su cuota de mercado y con la creación de una empresa conjunta para controlar una cuota de mercado.

Protegiendo la cuota de mercado poseída (red de clientes, red de distribuidores, imagen) reforzando el marketing opcional –**defensa de una posición de mercado-**, a través de vías como: mejoras menores de producto y reposicionamiento; **estrategia defensiva de precio;** sin incurrir en los eventos en que se maneje internacionalización de productos en la práctica desleal del dumping, refuerzo de la red de distribución (a través del manejo del tema de la exclusividad, cuando está es procedente) y **refuerzo o reorientación de promociones.**

Reorganizando los mercados desabastecidos en vista a reducir los costos o aumentar la eficiencia del marketing operativo –**racionalización del mercado-**, a través de acciones como: concentrarse en los segmentos más rentables, recurrir a distribuidores más eficaces, reducir el número de clientes, fijando **exigencias de**

cantidades mínimas por pedidos, sin incurrir en las violaciones de las prácticas restrictivas del mercado y abandonar de forma selectiva ciertos segmentos.

Intentar mejorar la rentabilidad de la actividad del sector por acciones del sector frente a las autoridades públicas **–organización del mercado–**, esto es, los denominados pactos de congelamiento de precios o de algunos otros comportamientos que inciden en el establecimiento final del precio al consumidor, con acciones tales como: el **establecimiento de reglas o directrices en las prácticas de la competencia con el apoyo de los poderes públicos**; crear organizaciones profesionales, para la información de mercados y **acuerdos sobre reducción o estabilización de la producción**.

- **Estrategias de desarrollo para los mercados:** una estrategia de desarrollo de mercados tiene por objetivo desarrollar las ventas introduciendo los productos actuales de la empresa en nuevos mercados, desatendidos, desabastecidos o no incursionados por empresas competidoras; son posibles también varias estrategias:

La empresa se puede dirigir a **-nuevos segmentos-**, como por ejemplo: introducir un producto industrial en un mercado de consumo, vender el producto a otro grupo de compradores situándolo de forma diferente e introducir el producto en otro sector industrial.

Introduciendo el producto en otro canal de distribución suficientemente distinto de los canales existentes **–nuevos circuitos de distribución–**, pudiendo: distribuir bebidas en los lugares de trabajo (fábricas, escuelas, entre otras); venta directa de productos mobiliarios a cadenas de hoteles.

Se puede implantar en otras regiones del país o hacia países **–expansión geográfica–**: expidiendo los productos hacia otros mercados recurriendo a las

Sociedades de Comercialización Internacional u a otros agentes intermediarios internacionales (trading offers); creando una red de distribución exclusiva y comprando una empresa extranjera que opere en el mismo sector.

De una forma general, las estrategias de desarrollo de mercados se apoyan, principalmente, en la distribución y en el marketing propio de la empresa.

- **Estrategias de desarrollo de productos:** consiste en aumentar las ventas desarrollando productos mejorados o nuevos, destinados a los mercados ya atendidos por la empresa. Diferentes posibilidades pueden ser consideradas para lograr el desarrollo de los producto:

Añadiendo funciones o características al producto **–adición de características–** de manera que se extienda al mercado, por ejemplo, aumentar la polivalencia de un producto añadiéndole funciones, añadir un valor social o emocional a un producto utilitario y mejorar la seguridad o el confort de un producto.

Desarrollando nuevos modelos, nuevos tamaños o varias versiones del producto correspondientes a diferentes niveles de calidad **–ampliar la gama de productos–**, a través de: lanzamiento de nuevos envases o empaques, aumentando el número de sabores, colores o aromas y ofrecer el producto bajo diferentes formas o composiciones.

Reestableciendo la competitividad de productos obsoletos o inadaptados, reemplazándolos por productos mejorados en el plano funcional o tecnológico **– rejuvenecimiento de línea de productos–**, con las siguientes opciones: introduciendo una nueva generación de productos más potentes, lanzando una gama de productos “verdes”, compatibles con el entorno y mejorando la estética de los productos.

Mejorando la forma en que un producto ejerce las funciones **–mejora de la calidad–**, formando parte de un conjunto de atributos, por ejemplo: determinar el panel de atributos deseables por diferentes grupos de compradores, estableciendo normas de calidad precisas en cada atributo y estableciendo un programa completo de control de calidad (en ocasiones, esta alternativa es exigida por el marco legal).

Completando o ampliando la gama de productos existentes, recurriendo a medios exteriores **–adquisición de una gama de productos–**; con acciones tales como: compra de una empresa que tenga una gama de productos complementarios, **acuerdos con proveedores de productos que serán revendidos con la marca de la empresa** y con la creación de una empresa conjunta para el desarrollo y la producción de un nuevo producto. Verbigracia, en el caso colombiano la fusión establecida décadas atrás entre almacenes Éxito y la cadena nacional de compañías (Cadenalco) propietaria de los formatos o marcas Ley o Superley; en los actuales momentos se evidencia nuevamente la misma operación entre almacenes Éxito y mercados Carulla – vivero.

Modificando la gama de productos para reducir los costos de fabricación o de distribución – **racionalización de una gama de productos–**, por medio de: estandarización de una gama de productos, **abandono selectivo de productos marginales o poco rentables**, modificación del concepto del producto.

El motor básico en esta estrategia de crecimiento es, esencialmente, la política de producto y el análisis de segmentación. Se evidencia nuevamente la importancia que al interior de una sociedad tienen las áreas funcionales de investigación y desarrollo (I&D), responsable de la mejoría u el rejuvenecimiento de los productos y del marketing, responsable de encontrar nuevas situaciones de mercado para los mismos.

4.2.2 Estrategias de Integración. Una estrategia de crecimiento por integración se justifica si una empresa puede mejorar su rentabilidad controlando diferentes actividades de importancia estratégica para ella, situadas en el sector industrial en el cual se inserta.

La empresa tratará de “asegurarse la regularidad de unas fuentes de aprovisionamiento o de controlar una red de distribución, o también de tener acceso a la información de una actividad que se sitúa hacia destino y de la cual depende la demanda propia de la empresa”¹⁶.

Se establece una distinción entre integración hacia el origen, integración hacia el consumidor e integración horizontal.

- **Estrategias de integración hacia arriba:** Este tipo de integración está generalmente guiada por la preocupación de estabilizar, o de proteger, una fuente de aprovisionamiento de importancia estratégica.

En algunos casos, es necesaria porque los proveedores no disponen de recursos o de conocimiento tecnológico para fabricar componentes o materiales indispensables para la actividad de la empresa.

En otras ocasiones, por el grado de dependencia al que se puede llegar con respecto a determinado proveedor.

Otro objetivo puede ser facilitar un acceso hacia una nueva tecnología esencial para el éxito de la actividad básica.

- **Estrategias de integración hacia abajo:** Son estrategias orientadas hacia el consumidor y tienen como motivación básica el asegurar el control de las salidas

¹⁶ Ibid., p. 238

de los productos sin las cuales la empresa estaría “asfixiada”. Es decir, es controlar los denominados canales de distribución.

Para una empresa de bienes de consumo (bienes de utilización masiva), se tratará de asegurar el control de la distribución por sistemas de franquicia o **de contratos de exclusividad**, también por el desarrollo de una red de establecimientos comerciales propios.

En algunos casos, el objetivo de integración hacia el consumidor es tener, por finalidad, una mejor comprensión de las necesidades de los clientes usuarios de los productos fabricados. Aspecto este que debe ser manejado por el área de marketing o de mercadeo como responsable de determinar las necesidades y/o cambios (tendencias) de comportamientos de los consumidores.

La empresa crea usualmente una filial que juega el papel de unidad piloto: comprender la problemática de los clientes usuarios o incorporadores para poder encontrar sus necesidades más eficazmente.

- **Estrategias de integración horizontal:** Estrategia que se ubica en una perspectiva muy diferente a las de las dos anteriores; el objetivo es reforzar la posición competitiva absorbiendo o controlando a algunos competidores. Estas son las estrategias que el organismo de control denominado Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia regula mediante los procedimientos de control de integraciones empresariales.

Los argumentos pueden ser de naturalezas muy variadas: neutralizar a un competidor que estorbe, beneficiarse de la complementariedad de las gamas de productos, tener acceso a redes de distribución o a segmentos de compradores.

4.2.3 Estrategia de Crecimiento por Diversificación: Se justifica este tipo de estrategia si “el sector industrial en el cual se inserta la empresa, no presenta ninguna o muy pocas oportunidades de crecimiento o de rentabilidad, ya sea porque la competencia ocupa una posición demasiado fuerte, ya sea porque el mercado de referencia está en declive”¹⁷. Esta estrategia es la que genera desde el punto de vista del derecho societario el fenómeno de los denominados grupos empresariales o grupos de sociedades.

Una estrategia de diversificación implica la entrada en productos-mercados nuevos para la empresa. Es un tipo de estrategia de crecimiento más arriesgada, ya que el salto a lo desconocido es más importante.

Se establece habitualmente una distinción entre diversificación concéntrica y diversificación pura.

- **Estrategia de diversificación concéntrica:** En este tipo de estrategia la empresa sale de su sector industrial y comercial y busca añadir actividades nuevas, complementarias de las actividades existentes en el plano tecnológico y/o comercial.

El objetivo es, por tanto, beneficiarse de los efectos de sinergia (la suma del todo es mayor que las partes) debidos a la complementariedad de las actividades y extender así el mercado potencial de la empresa.

Una estrategia de este tipo, normalmente, debe tener como resultado atraer nuevos grupos de compradores.

¹⁷ Ibid., p. 241

- **Estrategia de diversificación pura:** la empresa entra en actividades nuevas sin relación con sus actividades tradicionales, tanto en el plano tecnológico como en el comercial.

El objetivo es orientarse hacia campos completamente nuevos a fin de rejuvenecer la cartera de actividades.

Las estrategias de diversificación son indudablemente las estrategias más arriesgadas y las más complejas, ya que conducen a la empresa a terrenos completamente nuevos para ella. El éxito de una operación de diversificación exige recursos importantes, tanto humanos como financieros.

Igualmente la administración del riesgo tiene incidencia en la gestión de una estrategia de diversificación, ya que mediante ésta, la empresa que la utiliza dispersa su riesgo hacia actividades relacionadas o completamente diferentes, tal como lo sería en el caso concreto las diversas actividades en la que esta presente el denominado GEA (Grupo Empresarial Antioqueño), el cual actúa en los sectores financiero, alimentos, industrial, entre otros.

Las diversificaciones presentan desde su análisis dos dimensiones: una primera dimensión que está unida a la **naturaleza del objetivo estratégico**: una diversificación puede ser defensiva (reemplazar una actividad en declive) u ofensiva (conquistar nuevas posiciones).

La segunda dimensión pone de relieve los **resultados esperados** de la diversificación: los directivos pueden alcanzar un gran valor económico (crecimiento, rentabilidad) o ante todo una gran coherencia o complementariedad con las actividades actuales (explotación del saber hacer o know how).

Como resultado del cruce de estas dos dimensiones aparecen igualmente una serie de posturas que pueden ser adoptadas gerencialmente:

- **La diversificación “extensión”:** en la que la empresa busca reforzar su actividad (objetivo ofensivo) valorando su saber hacer (coherencia).
- **La diversificación “relevo”:** que busca reemplazar una actividad en declive (objetivo defensivo), utilizando recursos humanos de alto nivel (coherencia).
- **La estrategia de “despliegue”:** que es ofensiva y busca un valor económico elevado.
- **La estrategia de “redespliegue:** cuyo objetivo es defensivo, pero que busca una nueva vía de crecimiento.

4.3 ESTRATEGIAS COMPETITIVAS

Se trata en este contexto de desarrollar una estrategia con base en evaluaciones realistas de la relación de fuerzas existentes y de definir los medios a poner en funcionamiento para alcanzar el objetivo fijado.

Se establece una distinción entre cuatro tipos de estrategias competitivas, las cuales se basan en la importancia de la cuota de mercado mantenida, y que son usualmente: las estrategias del líder, del retador, del seguidor y del especialista.

4.3.1 Las Estrategias del Líder. La empresa “líder” en un producto mercado es aquella que ocupa la posición dominante y es reconocida como tal por sus competidores. El líder es a menudo un polo de referencia que las empresas rivales se esfuerzan en atacar, imitar o evitar.

La empresa líder puede utilizar varias estrategias:

- **Desarrollo de la demanda primaria:** la empresa líder es generalmente aquella que contribuye más directamente al desarrollo del mercado de referencia. La estrategia más natural que pone de relieve la responsabilidad del líder es la de **desarrollar la demanda global** intentando descubrir nuevos usuarios del producto, de promover nuevos usos de los productos existentes o también de aumentar las cantidades utilizadas por ocasión de consumo (se encuentran los objetivos las estrategias de crecimiento intensivo).

Actuando así, la empresa líder amplía el mercado de referencia, lo que será, en definitiva, beneficioso para el conjunto de los competidores existentes.

- **Estrategia defensiva:** es proteger la cuota de mercado constriñendo la acción de los competidores más peligrosos. Esta estrategia es, a menudo, adoptada por la empresa innovadora que, una vez abierto el mercado, se ve atacada por los competidores imitadores; pueden utilizarse varios métodos para la consecución de dicho fin: innovación y avance tecnológico con el fin de desanimar la competencia; la consolidación del mercado gracias a una distribución intensiva y a una política de gama de productos que procure cubrir todos los segmentos; la confrontación, es decir, **el enfrentamiento directo mediante la guerra de precios** o mediante la lucha publicitaria (a tener en cuenta la normatividad sobre publicidad comparativa, engañosa o desleal).

Mediante la utilización de estas acciones es que la empresa puede incurrir más frecuentemente en las transgresiones al derecho de la competencia (prácticas restrictivas comerciales) y de la normatividad concreta de la competencia desleal, tema que no es abordado en el presente trabajo.

- **Estrategia ofensiva:** extender su cuota de mercado es otra posibilidad que se le presenta a la empresa líder. El objetivo es beneficiarse al máximo de la experiencia que posee en el mercado y de mejorar así su rentabilidad.
- **Estrategia de desmarketing:** es reducir su participación en el mercado, con el fin de evitar las acusaciones de monopolio o “abuso” de posición dominante. Varias posibilidades pueden ser consideradas: practicar los principios del “desmarketing”, con el fin de reducir el nivel de la demanda sobre algunos segmentos por medio de aumentos de precio, de una disminución de los servicios ofrecidos y de los esfuerzos de publicidad y promoción. Otra estrategia será la de la diversificación hacia productos-mercados diferentes de aquellos en los que la empresa detenta una posición dominante.

4.3.2 Las Estrategias del Retador. La empresa que no domina un producto-mercado puede elegir, bien atacar al líder y ser su “retador”, o adoptar un comportamiento de seguidor alineándose con las decisiones tomadas por la empresa dominante, evento en el cual pueden incurrir los comportamientos ilegales denominados prácticas conscientemente paralelas, supuesto que castiga la legislación de la competencia. Adopta estrategias agresivas cuyo objetivo declarado es ocupar el lugar del líder.

Los dos problemas claves a los cuales está enfrentado el retador son: 1) la elección del campo de batalla sobre el cual basarse para atacar a la empresa líder y 2) la evaluación de su capacidad de reacción y de defensa.

En la elección del campo de batalla dos posibilidades se ofrecen al retador:

- **El ataque frontal:** consiste en oponerse directamente al competidor utilizando las mismas armas que él, sin buscar atacarle particularmente en sus puntos

débiles. Para tener éxito, un ataque frontal exige una relación de fuerzas muy superior en el atacante.

- **Los ataques laterales:** dirigen sus esfuerzos a oponerse al líder en una u otra dimensión estratégica en las cuales el competidor es débil o está mal preparado. Un ataque lateral puede dirigirse, por ejemplo, hacia una región o una red de distribución donde la empresa dominante está menos representada, o también hacia un segmento de mercado donde su producto está menos adaptado.

Una estrategia clásica para un retador es atacar la empresa dominante **por el precio: ofrecer el mismo producto, pero a un precio sensiblemente reducido.**

4.3.3 La Estrategia del Seguidor. El seguidor es el competidor que, no disponiendo más que de una cuota de mercado reducida, adopta un comportamiento adaptativo alineando sus decisiones sobre las decisiones tomadas por la competencia.

En vez de atacar al líder, estas “empresas persiguen un objetivo de “coexistencia pacífica” y de reparto consciente del mercado, alineando su actitud a la del líder reconocido del mercado”¹⁸

Este comportamiento se evidencia en los mercados donde las posibilidades de diferenciación son escasas y los comportamientos del precio en cuanto a la demanda son elevados, de tal forma que ningún competidor tiene interés en iniciar una lucha competitiva que pueda ser desfavorable para el conjunto de las empresas existentes.

El hecho de adoptar un comportamiento de seguidor no dispensa a la empresa de tener una estrategia competitiva, sino todo lo contrario: el hecho de que la

¹⁸ Kotler y Armstrong. Op. cit. p.335

empresa detente una cuota de mercado débil refuerza la importancia de objetivos estratégicos claramente definidos, adaptados al tamaño de la empresa y a su ambición estratégica.

En otros términos, “no todas las empresas de baja cuota de mercado en los sectores de escaso crecimiento son necesariamente “pesos muertos”¹⁹.

Utilizan estas empresas, por lo tanto, varias opciones gerenciales en este tipo de comportamiento:

- **Segmentar el mercado de manera creativa:** para compensar su desventaja de tamaño, una empresa de baja cuota de mercado debe limitarse a un cierto número de segmentos donde sus competencias distintivas serán mejor valoradas y donde tenga mayores probabilidades de no coincidir con los competidores dominantes.
- **Utilizar eficazmente la investigación y el desarrollo:** las empresas de baja cuota de mercado no pueden luchar con grandes empresas en el campo de la investigación y el desarrollo; ésta debe orientarse principalmente hacia la mejora de los procedimientos que tratan de reducir los costos.
- **Pensar en pequeño:** las empresas rentables se contentan con su pequeño tamaño y ponen acento en el beneficio, más que en el crecimiento de las ventas o de la cuota de mercado, en la especialización más que en la diversificación.

Una estrategia de seguidor no implica, pues, una pasividad en la dirección de una empresa, sino más bien la preocupación por adoptar una estrategia de desarrollo que no suscite represalias por parte del líder.

¹⁹ Ibid., p. 348.

4.3.4 Las Estrategias del Especialista. La empresa que se especializa se interesa por uno o varios segmentos y no por la totalidad del mercado.

El objetivo perseguido es ser “cabeza de ratón en vez de cola de león”.

Esta estrategia competitiva es una de las estrategias analizadas anteriormente y denominadas estrategia de concentración.

La clave de esta estrategia es la especialización en un nicho, el cual, según Philip Kotler²⁰, debe poseer cinco características para que sea rentable y duradero: representar un potencial de beneficio suficiente, tener un potencial de crecimiento, ser poco atractivo para la competencia, corresponder a las capacidades distintivas de la empresa y poseer una barrera de entrada defendible.

El problema al cual está confrontada la empresa que busca especializarse es descubrir la característica o el criterio a partir del cual construir la especialización. Este criterio puede referirse a una característica técnica del producto, a una cualidad distintiva concreta (**precio**) o a cualquier elemento del esfuerzo de marketing.

²⁰ Ibid., p. 356

5. DECISIONES ESTRATÉGICAS SOBRE PRECIOS

Los capítulos precedentes han demostrado, en alguna medida, que las consideraciones acerca del tema del componente **PRECIO** en una estrategia de marketing, son cruciales, ya que “muchas de las estrategias gerenciales de marketing adoptadas por las empresas en sus diferentes contextos tanto a nivel de mercado, industria o de competitividad, se basan fundamentalmente en este aspecto”²¹.

Por consiguiente, se considera necesario incluir en el presente trabajo, aquellas consideraciones más significativas en lo tocante al tema del PRECIO de un producto y/o servicio, ya que como se evidenciará más adelante la Legislación de la Competencia reprime algunos comportamientos adoptados sobre la base a dicho elemento.

Todo producto y/o servicio tiene necesariamente un precio, pero no toda empresa está necesariamente en posición de determinar el precio al cual desea vender su producto.

En mercados donde los productos y/o servicios son indiferenciados y los competidores numerosos, la empresa no detenta ningún poder de mercado y el nivel del precio es un dato que le viene impuesto por el mismo mercado.

Por el contrario, en mercados donde la empresa ha desarrollado un marketing estratégico y detenta por ello un poder de mercado, la determinación del precio de venta es una decisión clave que condiciona ampliamente el éxito de la estrategia adoptada.

²¹ NAGLE T. Thomas y Reed K. Holden. Estrategia y Tácticas de Precios. Guía para tomar decisiones rentables. Tercera edición. Editorial Prentice Hall. Madrid. 2.002 p.280.

Recientemente las decisiones de precio eran contempladas desde una óptica muy financiera y estaban ampliamente determinadas por las únicas restricciones de costos y rentabilidad. La turbulencia económica y competitiva de los años de crisis ha modificado profundamente este estado de cosas: alza de costos de materias primas, altas tasas de interés, controles y limitaciones de precios, competencia acrecentada, el descenso del poder de compra, entre otros aspectos, han contribuido y obligado a hacer de las decisiones de precios, unas elecciones de importancia estratégica. Lo anterior significa que la determinación del precio va a estar influenciada no solamente por criterios financieros y económicos, sino por otras demás variables que en su conjunto van a determinar la competitividad del mismo. Un ejemplo de lo anterior sería en la actualidad, es el negocio de café denominado Juan Valdez, cuyos precios son más accesibles al consumidor en general, siendo un producto “café de exportación”, cuyo precio podría estar determinado por otras circunstancias.

Al nivel de la empresa, el problema del precio se sitúa en una doble perspectiva: el precio es a la vez un instrumento de estimulación de la demanda, al mismo nivel que la publicidad y un factor determinante de la rentabilidad de la empresa a largo plazo.

La elección de una estrategia de precio implica, por tanto, el respeto de dos tipos de coherencia: **la coherencia interna**, es decir, la determinación del precio del producto y/o servicio en relación con las restricciones de costos y de rentabilidad y **la coherencia externa**, es decir, la determinación del precio del producto y/o servicio teniendo en cuenta la capacidad de compra del mercado y del precio de los productos competitivos.

Igualmente, dichas decisiones deben ser acordes con las decisiones de posicionamiento del producto y con la estrategia de distribución que haya de utilizarse.

5.1 LA IMPORTANCIA DE LAS DECISIONES DE PRECIO

La importancia de las decisiones que afectan las estrategias de precios surge como consecuencia generalmente de los siguientes hechos:

- El precio elegido influye directamente el **nivel de la demanda** y determina, pues, el nivel de actividad: un precio demasiado elevado o demasiado bajo puede comprometer el desarrollo del producto.
- El precio de venta determina directamente la **rentabilidad de la actividad**, no sólo por el margen de utilidad o beneficio que prevé, sino también por el sesgo de las cantidades vendidas, fijando las condiciones por las cuales la carga de estructura podrán ser amortizadas en el horizonte temporal fijado. Una escasa diferencia de precio puede tener un impacto muy importante en la rentabilidad.
- El precio de venta elegido influye en la percepción global del producto o de la marca y contribuye al **posicionamiento de la marca** en el seno del conjunto evocado por los compradores potenciales. El precio es percibido por los compradores como un signo, sobre todo en los mercados de bienes de consumo; inevitablemente engendra una idea de calidad y es, por tanto, un elemento constitutivo de la imagen de marca.
- El precio, más que las otras variables de marketing, permite fácilmente las **comparaciones entre productos o marcas competidoras**. Todo cambio de precio es percibido rápidamente por el mercado y puede agitar brutalmente el equilibrio de fuerzas existente, debido principalmente a su gran visibilidad. El precio es un punto de contacto obligado entre competidores.
- La estrategia de precio debe ser compatible con los **otros componentes de la estrategia de marketing**. El precio debe permitir financiar la estrategia publicitaria y promocional; el condicionamiento del producto debe confortar el posicionamiento

de alta calidad y de precio elevado; la estrategia de precio debe respetar la estrategia de distribución y permitir la concesión de las utilidades de distribución necesarias para la realización de los objetivos de cobertura del mercado.

La evolución reciente del entorno competitivo y económico ha contribuido a acrecentar sensiblemente la importancia y la complejidad de las estrategias de precio:

- La aceleración del progreso tecnológico y el **acortamiento de los ciclos de vida de los productos** tienen, por consecuencia, que una actividad nueva debe poder ser rentabilizada en un plazo mucho más corto que antes. Un error en el precio de introducción es mucho más grave porque es más difícil de corregir.
- La **proliferación de marcas** y de productos relativamente poco diferenciados, la aparición regular de nuevos productos y la ampliación de las gamas de productos refuerzan la importancia de un posicionamiento correcto en términos de precio; ahora bien, pequeñas diferencias pueden a veces modificar muy sensiblemente la percepción de una marca por el mercado.
- El aumento de precios de algunas materias primas, las presiones de la inflación, las rigideces salariales, los controles de precios, refuerzan la necesidad de una **gestión económica** más rigurosa.
- Las **restricciones legales**, reglamentarias y sociales que toman la forma de limitaciones de precio, de fijación de márgenes de utilidad máximos, de autorización de subidas, limitan la autonomía de la empresa en el campo de la determinación de precios.

Debido a la importancia y a la complejidad de estas decisiones, es por lo que “las estrategias de precios son elaboradas a menudo al nivel de la dirección general de

la empresa”²², la cual, en la mayoría de los casos, está conformada por profesionales de la Administración de Empresas o de Negocios, asesorados por el personal profesional de Marketing, el Financiero y en algunas situaciones por Economistas Empresariales, dejando de margen, la asesoría legal a este respecto, situación por la cual las empresas muchas veces llegan a la trasgresión de las normas del Derecho de la Competencia, en la determinación de las correspondientes estrategias de precios. No significa lo anterior que estos no sean los perfiles profesionales para la toma de decisiones relacionadas con la variable precios, sino que se reitera, el anterior proceso de toma de decisión debe ir acompañado por el asesoramiento legal, ya que es este (precio) un factor vinculante muy importante con el denominado derecho de la competencia.

5.2 LOS OBJETIVOS DE LAS ESTRATEGIAS DE PRECIOS

Todas las empresas tienen, por supuesto, como objetivo rentabilizar su actividad y generar un beneficio económico tan elevado como sea posible.

Este objetivo tan general “puede traducirse en la práctica de formas muy diferentes, y toda empresa tiene interés en clarificar el objetivo prioritario que se esfuerza por alcanzar”²³. Lo anterior significa que las empresas utilizaran estrategias y mecanismos muy diferentes para el establecimiento final del precio en su respectivos productos y/o servicios.

De manera general, se pueden reagrupar los posibles objetivos en tres categorías: los objetivos centrados en el beneficio, en el volumen o en la competencia.

²² Ibíd., p.294.

²³ Ibíd., p.294

5.2.1 Los Objetivos de Beneficio. Los objetivos centrados en el beneficio son bien la maximización del beneficio, o bien la obtención de una tasa de rentabilidad sobre el capital invertido juzgada suficiente.

5.2.2 Los Objetivos de Volumen. Los objetivos centrados en el volumen tienden a maximizar la cifra de ventas o la cuota de mercado, o más simplemente a asegurar una tasa de crecimiento suficiente de ventas. Un objetivo de maximización de la cuota de mercado implica la adopción de un **precio de penetración**, es decir, de un precio relativamente bajo, inferior a la competencia, con el fin de aumentar lo más rápidamente posible el volumen, y, en consecuencia, la cuota de mercado. Una vez alcanzada la posición dominante, el objetivo será el de la tasa de rentabilidad suficiente.

Una estrategia diferente es la del **precio de selección**, que busca una cifra de ventas elevada sacando partido del hecho de que algunos grupos de compradores está dispuestos a pagar un precio elevado en razón del alto valor percibido del producto. El objetivo es, en este supuesto, realizar la mayor cifra de ventas posible buscando el precio elevado antes que el volumen elevado.

5.2.3 Los Objetivos centrados en la Competencia. Los objetivos centrados en la competencia buscan bien la estabilización de los precios, o bien la **alineación con los competidores**.

En un cierto número de industrias dominadas por una empresa líder, el objetivo es establecer una relación estable entre los precios de los diferentes productos en competencia y evitar fuertes fluctuaciones de precios que podrían afectar la confianza de los compradores.

El objetivo de alineación es revelador debido a que la empresa de da cuenta de que **ella no puede ejercer influencia alguna sobre el mercado**, sobre todo si una empresa domina y si los productos están estandarizados.

La empresa prefiere, entonces, llevar sus esfuerzos a formas de competencia fuera del precio.

La elaboración de una estrategia de precio supone la “puesta en consideración de tres grupos de factores: los costos, la demanda y la competencia”²⁴. Los dos últimos conceptos mencionados anteriormente: demanda y competencia están vinculados con las diferentes acciones que caracterizaran la competencia en un mercado determinado; el primer factor “costos” tiene incidencia estrecha con el manejo de dicha variable a nivel interno de la compañía, esto es, su manejo eficiente puede llegar a caracterizar una ventaja competitiva.

5.3 EL PRECIO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA

Respecto a la competencia, el grado de autonomía de la empresa en materia de estrategia de precios está muy influido por dos categorías de factores: la **situación competitiva** del sector, caracterizada por el número de empresas competidoras y la importancia del **valor percibido** del producto por los compradores.

Las situaciones competitivas se evidencian en los casos en donde la empresa está en monopolio o posición dominante y en donde su autonomía en materia de precios es grande; dicha situación tiende a disminuir cuando el número de competidores aumenta.

El valor percibido del producto resulta de los esfuerzos de diferenciación de la empresa realizados con el fin de reservarse una ventaja competitiva externa; allí donde el elemento diferenciación existe y es percibido como un valor por el comprador, este último está generalmente dispuesto a pagar un precio superior al

²⁴ Ibid., p. 397.

del producto competidor. La empresa dispone así de una cierta autonomía en materia de precio.

Estas dos consideraciones en sus dos intensidades (baja o alta) permiten identificar cuatro situaciones distintas en las cuales el problema de la determinación del precio se plantea de forma diferente y asimilar allí dicha problemática:

- **Primera situación: Número de competidores es bajo y el valor percibido del producto es alto:** el precio es una variable de acción para la empresa que dispone de un margen de maniobra cuya importancia variará en función del valor percibido del elemento de diferenciación para el comprador.
- **Segunda situación: Competidores son numerosos y el valor percibido es bajo:** es la situación de competencia en la que esencialmente es el juego de la oferta y la demanda el que define el nivel de precio del mercado. La empresa no tiene prácticamente autonomía en materia de estrategia de precios.
- **Tercera situación: Número de competidores y valor percibido son bajos:** la interdependencia entre competidores es a menudo elevada, lo que limita la autonomía de cada uno. Se aplicarán, en consecuencia, **estrategias de alineamiento del precio con el del líder del mercado.**
- **Cuarta situación: Productos muy diferenciados (valor percibido alto) ofrecidos por numerosos competidores:** existe una cierta autonomía de precio, pero que está limitada por la intensidad de la competencia.

Estas situaciones de mercado son, pues, muy diferentes y se observarán en diferentes etapas de la evolución del ciclo de vida de un producto-mercado.

5.3.1 La Anticipación de los Comportamientos Competitivos. En numerosas situaciones de mercado, la interdependencia entre competidores es elevada y existe un **“precio de mercado”** que sirve de referencia común.

Este tipo de situación competitiva tiende a prevalecer en la fase de madurez del ciclo de vida de los productos.

En estos mercados, la empresa puede alinearse con los **precios de los competidores o del líder de la industria, pudiendo adoptar comportamientos considerados como ilegales por parte de la normatividad de la competencia, como lo serían las prácticas paralelas o conscientemente paralelas, tipificadas como prácticas restrictivas comerciales, reprimidas por nuestra legislación de competencia, fijar su precio a un nivel superior con el riesgo de perder cuota de mercado o fijar su precio a un nivel inferior al del mercado buscando así una ventaja competitiva** que no pueda encontrar en otra parte, con el riesgo de hacer estallar una **“guerra de precios”**.

El problema está, por tanto, en determinar el nivel del **precio relativo**. El resultado de estas estrategias dependerá ampliamente de la actitud reactiva de los competidores.

El objetivo de un análisis de la competencia en el área de los precios es **apreciar la capacidad de acción y de reacción de la competencia,** y estimar las necesidades de reacción del o de los competidores más peligrosos, en caso de subida o descenso del precio.

5.3.2 Las Estrategias de Reducción de Precios. El recurso a una **reducción de precios**, en una óptica global de estimulación de la demanda, es pertinente sólo cuando la demanda global del producto es ampliable.

En el caso contrario, si la empresa **disminuye sus precios** y si todos los competidores resisten alineándose inmediatamente, los beneficios de cada uno van a disminuir y las cuotas de mercado respectivas van a permanecer idénticas en un mercado en el cual el tamaño no habrá aumentado a pesar de la reducción del precio medio del mercado.

Algunas situaciones pueden, sin embargo, ser favorables a una disminución de precios en un mercado no ampliable, sin ocasionar reacciones rápidas de los competidores:

- Cuando los costos de los competidores son superiores y no pueden bajar sus precios sin dañar su rentabilidad; no seguir la reducción implica entonces una pérdida de cuota de mercado; salvo si elementos de diferenciación neutralizan la diferencia de precio.

- Las pequeñas empresas pueden utilizar fácilmente una reducción de precios, la cual representa una inversión menos pesada que para las empresas que detentan una cuota de mercado elevada, ya que el costo de la promoción por el precio es proporcional al volumen. Los grandes competidores pueden preferir mantener su precio y resistir en un terreno distinto al precio, por ejemplo, con la publicidad cuyo costo es una cantidad fija.

Una empresa puede pues elegir no seguir una disminución de precios, principalmente cuando el valor percibido de su producto es superior al de sus competidores directos.

Son, entonces, los elementos de diferenciación como la imagen de marca, el alcance de los servicios, las relaciones con los clientes quienes la protegen contra los efectos de una disminución de precios.

5.3.3 Las Estrategias de subida de precios. El recurso a una **subida de precios** es también una decisión difícil. La empresa que inicia la subida de precios debe asegurarse de la voluntad de sus competidores de seguirle.

Generalmente, esta voluntad depende de las condiciones del mercado en el momento en que tiene lugar, en particular cuando las capacidades de producción son utilizadas de pleno y cuando la demanda crece. Al igual que para una disminución de precios, la empresa tiene interés en evaluar el margen de maniobra del cual dispone antes de comenzar la acción.

5.3.4 Estrategias de precios de lanzamiento de un nuevo Producto. La elección del precio de un nuevo producto es un problema muy delicado “ya que el nuevo producto no tiene comparación directa y aporta una solución original a la satisfacción de una necesidad”²⁵; esto es el análisis desde la perspectiva del actual o potencial consumidor, quien es en última instancia el que decidirá el éxito o no de la introducción de un nuevo producto al mercado.

El **precio de lanzamiento** es fundamental y condiciona el éxito comercial y financiero de la operación.

Después de haber procedido al análisis de los costos, de la demanda y de la competencia, la empresa debe elegir entre dos estrategias muy contrastadas: Una estrategia de **precio inicial elevado** que seleccione la demanda y una estrategia de **precio bajo desde el principio** que permita una penetración rápida y potente en el mercado.

5.3.5 La Estrategia de precio de Selección. Esta estrategia consiste en vender el nuevo producto a un precio elevado, limitándose voluntariamente a los grupos de compradores dispuestos a pagar el **precio alto**, de manera que se aseguran

²⁵ *Ibíd.*, p. 409

unos ingresos financieros importantes rápidamente tras el lanzamiento. Varias consideraciones vienen a apoyar esta estrategia; además, para que se revele un éxito, se deben dar un cierto número de condiciones:

- Cuando se tengan razones para pensar que el **ciclo de vida del producto** nuevo será corto, o que el producto será rápidamente imitado por los competidores, una política de precio bajo no permitirá rentabilizar la innovación.
- Cuando el producto es muy nuevo para el comprador que no dispone de elementos de comparación, es tentador para la empresa explotar esta ventaja adoptando un precio elevado y ajustarse enseguida a los precios de la competencia.
- Lanzar un nuevo producto a un precio elevado permite **fraccionar el mercado en segmentos** que difieren entre ellos por su variación al precio. El precio de lanzamiento sirve para seleccionar los clientes poco sensibles al precio. Reducciones ulteriores de precio permitirán tocar sucesivamente segmentos más variados. Se trata de una forma de **discriminación temporal de precios**.
- Cuando la demanda es difícil de evaluar, es **aventurado anticipar** lo que un precio reducido podría suscitar en cuanto al crecimiento de la demanda y en cuanto a la reducción del costo. Este problema se encuentra particularmente cuando todavía los procedimientos de fabricación no están del todo a punto y los costos pueden sobrepasar las estimaciones.
- Cuando la empresa no dispone de la **liquidez financiera** necesaria para una introducción que demande gastos promocionales importantes para ser eficaz, practicar unos precios elevados constituye una técnica de financiación que permite generar los recursos necesarios para la estrategia de lanzamiento.

La estrategia de precio de selección es, en definitiva, una estrategia prudente y más financiera que comercial. Su ventaja principal reside en el hecho de que deja vía abierta a un reajuste progresivo del precio, a la vista de la evaluación del mercado y de la competencia. Comercialmente, siempre es más fácil bajar un precio que aumentarlo. El interés de una estrategia de selección está principalmente en el aspecto financiero. Libera bastante pronto recursos o capitales que podrán ser utilizados para otra actividad.

5.3.6 La Estrategia de precio de penetración. La estrategia de penetración consiste, al contrario, en practicar precios bajos para penetrar desde el comienzo en la parte importante del mercado.

Supone “la adaptación de un sistema de distribución intensivo, el desarrollo de la receptividad del mercado mediante acciones publicitarias importantes y, sobre todo, poner en su sitio una capacidad de producción adaptada desde el lanzamiento del producto”²⁶. Lo anterior significa lo que en términos contables y financieros representan las denominadas “perdidas operacionales”, esto es inversiones significativas de recursos con el objetivo de posicionar un producto y/o servicio. Las inversiones son cuantiosas porque requieren de todas maneras la producción de un bien y/o la prestación de un servicio a precios que no reflejan realmente el valor de los mismos.

Es, pues, una estrategia que supone una inversión inicial elevada, la cual no será rentabilizada más que a largo plazo. El enfoque, en este caso, es más comercial que financiero.

Las condiciones generales que deben prevalecer son, entre otras, las siguientes:

²⁶ *Ibíd.*, p. 410

- No existe segmento a privilegiar y la única estrategia a adoptar es dirigirse a la totalidad del mercado con un precio suficientemente bajo para adaptarse a las posibilidades del mayor número.
- Es posible obtener **bajos costos unitarios** gracias a volúmenes de producción más importantes, bien en razón de la presencia de economías de escala o bien en razón de un efecto de experiencia importante.
- El nuevo producto está amenazado por una **fuerte competencia** al poco tiempo de su introducción en el mercado. Esta amenaza de competencia potencial es una razón poderosa para adoptar precios bajos, los cuales constituyen una barrera de entrada muy eficaz para los nuevos competidores.
- El mercado de gama alta está **ya satisfecho**, en este caso, la política de penetración es la única política válida para desarrollar el mercado.

Una estrategia de precio de penetración, es pues, más arriesgada que una estrategia de precio de selección.

Si la empresa prevé rentabilizar el nuevo producto en un período largo, puede que los competidores, entrando ulteriormente en el mercado, estén en estado de utilizar igualmente nuevas técnicas de producción que les darían una ventaja de costos sobre la empresa innovadora.

6. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS: PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES, DESCRIPCIÓN Y REGULACIÓN LEGAL

El estudio del derecho de la competencia aborda principalmente tres grandes temáticas las cuales inclusive determinan la esfera de acción del ente gubernamental en Colombia encargado de la regulación y vigilancia de dicha actividad, cual es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC); dichas temáticas son: prácticas restrictivas comerciales, competencia desleal y protección al consumidor, cada una de ellas con su correspondiente normatividad.

El presente trabajo, tal como se esbozó en la introducción, únicamente se circunscribirá a las primeras temáticas enunciadas, esto es, las denominadas prácticas comerciales restrictivas; lo que no significa dejar de reconocer la presencia de un nexo de vinculación con las otras dos temáticas enunciadas, más concretamente con la relacionada con la normatividad de competencia desleal.

Después de haber descrito los diferentes estados por los cuales atraviesa cualquier industria y/o actividad económica, las diversas opciones de carácter gerencial que pueden adoptar las empresas en dichos estados para lograr su crecimiento, rentabilidad y supervivencia, y la influencia que tienen las decisiones relativas acerca de los precios en los productos y/o servicios de las mismas y su implementación mediante las acciones estratégicas de marketing, le corresponde el turno, ahora, al análisis y descripción desde el punto de vista de la regulación legal de las diferentes posturas y/o comportamientos que la Ley considera ilícitos y que pueden ser adoptados desde la implementación de las diferentes opciones estratégicas de marketing, tal como se describió en los capítulos precedentes del presente trabajo.

El fundamento normativo para la correspondiente descripción y análisis de dichos comportamientos está contenido en el Decreto 2153 de 1.992, el cual conserva

vigencia en algunos de sus apartes, tal como lo especifica la normatividad actual en materia del Derecho de la Competencia: Ley 1340 de 2.009.

6.1 TIPICIDAD PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES O DE MERCADO

La inobservancia por parte de los particulares (empresarios) de algunos supuestos económicos que deben darse en un libre desarrollo de los mercados o de la economía, genera unas alteraciones de las normas de oferta y demanda, a las cuales el derecho debe regular; el derecho recoge dichas alteraciones que vienen desde lo económico y las materializa en normas, cuyo contenido representa un deber para los empresarios y que, en caso de su violación o inobservancia, los expone consecuentemente a sanciones y prohibiciones.

Básicamente dicha regulación está contenida en la Ley 155 de 1.959 y el Decreto 2153 de 1.992; sin perjuicio de que para algunos sectores especiales (servicios públicos domiciliarios, financiero, salud, puertos y transporte, vigilancia privada, entre otros) existen normatividades específicas o particulares que regulan la competencia en dichos sectores.

Dicha normatividad clasifica los supuestos fácticos restrictivos en:

- **Acuerdos restrictivos de la competencia.**
- **Actos restrictivos de la competencia.**
- **Abuso de la posición dominante.**

Cada uno de los anteriores supuestos es tratado bajo una normatividad específica y donde la característica principal de cada uno de ellos es la limitación de la autonomía de los **comportamientos o prácticas gerenciales** desarrollados por las empresas dentro del mercado en el que actúan principalmente, esto es, su mercado relevante.

Los **ACUERDOS RESTRICTIVOS O CARTELES** agrupan la prohibición de comportamientos arreglados adelantados por dos o más empresas encaminados a alterar la competencia.

Básicamente pretenden excluir a un competidor (entorpecimiento de la competencia) o se busca adelantar un arreglo –colusión- entre ellos (alineamiento con la competencia) para dejar de competir.

Las empresas que adelantan dichos comportamientos, se encuentran actuando dentro de un mismo mercado de productos y/o servicios y se evidencia un arreglo o falseamiento de la actividad competitiva.

Los **ACTOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA** son comportamientos unilaterales desarrollados por una empresa, independientemente de su poder o cuota de mercado. Son prácticas o conductas desarrolladas por una sola empresa que produce alteraciones en el mercado y que en la práctica se evidencian más dentro de las relaciones de tipo vertical, esto es, las que usualmente se presentan entre productores y distribuidores, limitando el comportamiento de éstos.

Los tres supuestos fácticos enunciados (para el objetivo del presente trabajo y su relación con las decisiones gerenciales de mercadeo, solamente se describen dos de ellos), agrupan las situaciones de conducta que, a juicio del legislador, son contrarias o nocivas para el ejercicio de la actividad económica y, por ende, de la competencia.

6.2 DESCRIPCIÓN LEGAL DE LOS ACUERDOS (CLASIFICACIÓN)

La definición de acuerdo en nuestro país, aparece contenida en el artículo 45 numeral 1 del Decreto 2153 de 1.992: “Se entiende por acuerdo todo contrato,

convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

Se evidencia que aparecen descritas todas las formas de acuerdo a las cuales pueden llegar las empresas en sus comportamientos empresariales competitivos: contratos, convenios, concertación, práctica concertada y la práctica conscientemente paralela.

La segunda parte de dicha definición establece que para la configuración de un acuerdo se requiere el concurso o la participación de “dos o más empresas”.

Se ha considerado, por parte de un gran sector doctrinal al respecto, que el elemento primordial de un acuerdo es la participación de dos o más voluntades (cada empresa posee su propia voluntad autónoma) y que no hay ninguna situación de control.

Los supuestos restrictivos son las formas de comportamiento que adoptarían estas empresas en sus diferentes modalidades de acuerdo y que son descritas a título enunciativo, por parte del legislador en el art. 47 del Decreto 2152 de 1.992, como nocivas para el ejercicio de la libre competencia.

Dichos supuestos restrictivos serían:

- **Cartel de precios**
- **Cartel de repartición de mercado**
- **Cartel de limitación de oferta**
- **Cartel de imposición de ventas**
- **Cartel de condiciones discriminatorias**
- **Cartel de asignación de cuotas**
- **Cartel de limitación de desarrollos técnicos**

- **Cartel de ventas subordinadas**
- **Cartel de colusión de licitaciones**
- **Cartel de barrera a los canales de comercialización**
- **Cartel de afectación a las fuentes de producción**
- **Prohibición general de acuerdos.**

6.2.1 Estructuración Jurídica (Formas de arreglo o modalidades de acuerdo).

La Ley describe cinco formas de arreglo o acuerdos para llegar a los diferentes comportamientos o supuestos restrictivos:

- **Contrato:** acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial (Art.864 Cód. Comercio).

El contrato puede dar lugar al nacimiento de conductas restrictivas, ya que es un acto por medio del cual las partes se obligan (tanto en su definición desde el Derecho Comercial como del Derecho Civil); el art. 1501 del Código Civil establece que dentro de un contrato se pueden presentar diferentes elementos propios de cada tipo negocial, como lo son los elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza, los que en virtud del art.822 del Cód. Comercio, a través del fenómeno de la remisión de normas (la invocación que hace el Cód. de Comercio de situaciones que trae el Cód. Civil), puede generar la situación de que dentro de los elementos accidentales de un determinado contrato se establezcan prestaciones entre los contratantes –empresarios- que por su contenido puedan generar restricciones comerciales

- **Convenio:** la legislación civil identifica el contrato con la convención, tal como puede desprenderse de la lectura del artículo 1495 del Cód. Civil.

Por ser mercantiles las normas relativas a la regulación de la competencia, debe obedecerse a la definición contenida en el Código de Comercio, la cual

agrupa el género de convención y su especie, el contrato. En dicho sentido, no se encuentra diferencia entre contrato y convención como fuente de acuerdos restrictivos en materia de competencia.

- **Concertación:** no aparece definida en nuestras normas legales, ante lo cual se debe buscar su sentido natural, motivo por el cual se acude a su significación en el Diccionario de la Real Academia Española, el cual presenta la siguiente definición: “componer, ordenar, arreglar las partes de una cosa o varias cosas. Ajustar, tratar del precio de una cosa. Pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio. Traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas, intenciones diferentes”.

En la aplicación hacia el fenómeno de la competencia, se encuentra una fuente por medio de la cual dos o más empresarios traen a identidad sus intenciones y arreglan una conducta comercial determinada.

Son voluntades independientes, individuales que pactan bajo concurso –acuerdo– una decisión, quedando como consecuencia una sola voluntad o voluntad única, obligando con ello a los que participaron en esa decisión, como lo sería, por ejemplo, una decisión gremial, obligando con ello a sus diferentes afiliados.

- **Práctica concertada:** fuente de acuerdo de difícil definición, ya que como se enunció párrafos anteriores, la concertación es también así mismo una fuente válida para un acuerdo restrictivo.

La interpretación o sentido que se le ha dado a esta modalidad o fuente de acuerdo restrictivo, teniendo en cuenta que ya existe la modalidad de concertación, es la **repetición de concertaciones cíclicas en el mercado**, esto es, concertaciones que se repiten en el lapso del tiempo.

Existen concertaciones que por ser realizadas una sola vez no resultan significativas para el ente de control, pero en la medida en que éstas se repitan o se presenten unidas en cadena, pueden llegar a convertirse en significativas y, por tanto, en fuentes de acuerdos restrictivos. De ahí que el Decreto 2153 de 1.992 en su art. 2 numeral 1, establezca como función de la Superintendencia de Industria y Comercio el atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquéllas que sean significativas.

- **Práctica conscientemente paralela:** parte de una situación de mercado en donde las empresas igualan su comportamiento en una de las variables de la competencia. No deja huella, por lo tanto, su utilización es frecuente por las empresas.

No se evidencia ningún tipo de prueba documental, pero su resultado no tiene otra explicación que la **“imitación mutua de comportamientos entre competidores, que mediante la misma –imitación- dejan de competir”**. Se requiere que exista consciencia de las políticas que están desarrollando las otras empresas y se decida imitarlas o seguirlas de manera reiterada, de tal forma que sea considerada una práctica.

No se requiere un acuerdo de voluntades, sino que las empresas mutuamente actúen conscientes de su paralelismo en el mercado; para su comprobación se requiere probar o tener indicios de una práctica, una consciencia en la conducta y un paralelismo, aspectos difíciles de configurar desde lo probatorio.

Es, por tanto, una conducta reiterada en el tiempo, la cual guarda identidad frente al comportamiento de otro-s- empresario-s- con pleno conocimiento de que se está actuando igual que otros competidores.

Es necesario probar así mismo que los empresarios son conscientes de seguir a otro en su conducta.

Se presenta también al interior de esta configuración o fuente de acuerdo, una doble modalidad.

Paralelismo activo: todos los involucrados se comportan de manera idéntica, siguiéndose indistintamente entre ellos; la modificación de un aspecto competitivo o variable por parte de uno de ellos hace que los demás la modifiquen inmediatamente en lo mismo.

Paralelismo pasivo: una de las empresas es seguida por las demás y a sabiendas de esta situación procede a fijar las diferentes variables en el mercado, a su conveniencia (empresas líderes y seguidoras). El líder, aprovechando la situación, saca el mejor provecho para sí, puesto que sube los precios, conocedor de que los demás lo van a seguir y así maximiza sus utilidades.

6.2.2 Dos o más empresas. Dentro de la definición de acuerdo se encuentra el requerimiento concerniente a este aspecto: la existencia de dos o más empresas, lo que constituye, en última instancia, el elemento subjetivo de la adecuación normativa de una conducta restrictiva.

La acepción de empresa tiene generalmente dos significaciones: económica y jurídica. Según la definición contenida en el Código de Comercio, en su artículo 25, se sigue más la acepción económica, la cual parece ser la acogida por las normas de la competencia: entes económicos o agentes que conforman por sí solos unidades de explotación dedicadas a la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios.

En capítulos anteriores, se estableció que la competencia, desde su versión tradicional, se ha visto circunscrita únicamente a la actividad de comercialización de bienes y/o servicios, pero se observa que este fenómeno cubre todas las actividades acabadas de enunciar.

Se trata, pues, de una organización en cabeza de una persona –natural o jurídica- que busca hacer operante el comercio a través de la mediación o producción de bienes o servicios.

Un acuerdo requiere la presencia de dos o más empresas, sin que sea posible su realización entre un solo agente económico o una sola unidad empresarial, ya que esto desconfigura su existencia, al encontrarse ya concentrado –se encuentra bajo un solo control-.

Así mismo, las empresas no necesariamente pueden estar actuando en un mismo mercado, existen situaciones que, a pesar de que las empresas se encuentren en mercados diferentes, pueden generar barreras o anomalías que impidan la entrada de otras empresas a una actividad económica determinada, tales como la repartición de mercados entre empresas oferentes de un producto y/o servicio.

Cada situación debe ser analizada de manera particular; pueden existir conductas que no generen restricción, pero la sola no participación de las empresas en el mercado respectivo no representa justificación para afirmar que dicha conducta no es restrictiva.

6.2.3 Prohibición general de acuerdos o actos restrictivos de la competencia. Es la denominada Prohibición General de Competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1.959 y que establece que queda prohibida “**toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos**”.

Esta prohibición, conocida también como la cláusula general de la competencia, sólo opera cuando las conductas enunciadas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1.992 no regulen un determinado comportamiento como restrictivo; interpretación que debe acogerse en virtud al denominado Principio de la Especialidad de las normas de Derecho que rigen nuestro sistema jurídico .

Por tanto, si un comportamiento o práctica gerencial encuentra adecuación típica y es evidente que altera las condiciones normales del mercado, en las normas especiales, la prohibición general quedaría relegada frente a esa norma particular. Por lo anterior, la prohibición general fue establecida con el ánimo de rechazar situaciones o comportamientos que alteran o limitan la libre competencia y sobre los cuales no se pudo prever de manera particular su realización.

Es la posición adoptada por la normatividad, a través del denominado principio de la Especialidad, de que cuando se regula un tema y se no alcanzan a anticipar todos los casos o situaciones en que el bien jurídico tutelado se encontraría vulnerado, se deja abierta una “ventana” para que sea castigada la conducta que por medio de un arreglo pueda falsear o alterar la competencia, así se establezcan unas situaciones enunciativas. Es una norma que permite que la autoridad o juzgador aplique la Ley respecto de las nuevas formas que se puedan presentar en el futuro.

Entonces, unas son las descripciones de carácter legal que aparecen en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1.992 y otra la que aparece abierta en el artículo 1 del Decreto 2153 de 1.992: la primera norma es especial, pero no contiene la totalidad de acuerdos restrictivos que pueden existir, ya que aquellos que el legislador no hubiera anticipado o preveído al regular el tema, quedan agrupados en la prohibición general, donde se señala que están prohibidos los acuerdos por los cuales se restrinja la competencia.

6.3 ENUNCIACIÓN PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Se procederá a realizar una descripción de cada una de las conductas señaladas por la normatividad en materia de la competencia, haciendo el correspondiente paralelismo con la adopción o justificación de las diferentes estrategias gerenciales de marketing que pueden adoptar las empresas en su gestión empresarial competitiva.

6.3.1 Acuerdo restrictivo de precios. De la determinación adecuada de un precio para un producto o la prestación de un servicio, depende en ocasiones la sobrevivencia de una empresa; por tanto, es factible que ésta adopte, con respecto a este componente de la competencia, comportamientos que sean reprochables para el mercado en donde actúa la misma y por ello se deteriore o falsee la competencia.

Están prohibidos los arreglos entre competidores para fijar el precio. Este supuesto restrictivo tiene como objetivo salvaguardar el principio económico según el cual el precio que rige en una compra y venta de bienes o de servicios deviene de la interacción de las reglas naturales del mercado “en los mercados competitivos, las curvas de oferta y demanda indican cuánto producirán las empresas y cuánto demandarán los consumidores en función del precio”²⁷. Lo anterior significa que serán únicamente las condiciones de oferta y demanda de un producto y/o servicio las que deben incidir directamente en la fijación del precio de estos últimos.

Se considera en virtud de lo anterior que el arreglo –acuerdo- mediante el cual entre empresas se arregla el precio, falsea o restringe la competencia. Lo lícito es

²⁷ KRUGMAN, Paul. Fundamentos de macroeconomía. Décimo tercera edición 2002. Madrid: Editorial Prentice Hall. p. 262.

que cada empresa fije independientemente su precio (lo ilícito es que se acuerde entre ellas el precio).

Este arreglo constituye la forma más directa para que las empresas maximicen su utilidad aprovechando el dinero de más que puede costar un bien en un mercado en competencia, lo que disminuye, en contrapartida, el excedente del consumidor o su capacidad adquisitiva –lo reprochable- de manera injusta, ya que este último tiene que renunciar a adquirir otros bienes que ya no puede comprar por la reducción presupuestal que sufrió como consecuencia del acuerdo en mención (igualmente su capacidad de selección y/o escogencia desaparece ante el acuerdo presentado entre las empresas).

Este comportamiento se castiga tanto por objeto como por efecto, esto es, las empresas son responsables por la intención de su conducta, así como por su resultado, independientemente de la intención de cada una de ellas.

Algunas de las modalidades de acuerdos de precios que se presentan en los mercados, falseando la competencia, son:

- **Precios idénticos:** empresas participantes en el mercado acuerdan fijar un mismo precio en sus productos.
- **Precios desiguales:** las empresas participantes en el acuerdo deciden vender a diferentes precios, pero cada una ha deliberado y discutido el precio con la competencia, perdiendo la autonomía en la fijación del precio para sus productos y/o servicios, creando entre ellas un “carrusel” artificial de subida de precios, donde cada una aprovecha el momento. Con este comportamiento, se arregla la subida de precios del producto, tratando de ocultar el acuerdo de modo que sea siempre un precio más caro que el otro y se turnen dicho momento.

Tener precios iguales o desiguales siempre puede resultar restrictivo; lo anterior es válido, siempre y cuando el precio de los productos y/o servicios sea consecuencia de un arreglo, esto es, que sean el resultado de decisiones tomadas en conjunto con las demás empresas competidoras.

Puede suceder igualmente que en un mercado determinado los productos y/o servicios sean ofrecidos a un precio idéntico sin que esta situación sea producto de un acuerdo, sino del resultado de una verdadera competencia en donde las empresas involucradas -ofertantes- de los productos sean totalmente eficientes y no han acordado ningún precio.

- **Fijación de un precio techo:** las empresas participantes fijan un precio máximo de venta comprometiéndose a no vender o comprar por encima de ese precio y con la libertad de vender o comprar por debajo del precio estipulado. La fijación de un precio de este tipo por debajo del costo, puede convertirse en un impedimento o barrera de ingreso a un competidor o la salida del mercado de uno de ellos, que no aguanta la venta por debajo de costo; así pierde el mercado una alternativa y el comportamiento se convierte en un acuerdo excluyente. Es una modalidad factible para usar en las estrategias gerenciales de entorpecimiento o eliminación de la competencia: se puede tratar de un acuerdo para vender por debajo de costo mientras se elimina a un competidor.

- **Fijación de un precio piso:** modalidad opuesta a la anterior, pues en este caso existe un patrón de precio mínimo de venta, quedando cada empresa en libertad para vender por encima de ese precio. En este caso, el acuerdo de precios está encaminado a obtener la mayor maximización de utilidades, de modo que se despoja al consumidor de su excedente y disminuye su capacidad adquisitiva. Un mínimo de precio asegura una mínima utilidad arreglada; situación factible para empresas que producen y/o comercializan productos cuyo ciclo de

vida de duración es corto, ya que son susceptibles de ser mejorados o copiados rápidamente por la competencia.

- **Acuerdos de franja de precios:** modalidad que combina las versiones anteriores: máximos y mínimos de precios. Las empresas participantes, actuando de esta forma, fijan un máximo y mínimo precio de compra o de venta, comprometiéndose a vender o comprar el producto a un precio que fluctúe entre las fijadas e impidiendo que las participantes vendan por fuera de esa fluctuación.
- **Fijación de una variable:** el acuerdo indirecto de precios se presenta cuando lo que se fija no es el precio final, sino una de sus variables o los parámetros para encontrar el precio final. Esta modalidad de fijación indirecta por medio de variables se presenta cuando el aumento porcentual de un precio se adelanta de manera idéntica. En este caso, los precios finales son diferentes, pero las empresas acordaron entre ellas que el aumento fuera el mismo.

6.3.2 Acuerdos restrictivos de condiciones de venta. Están prohibidos los arreglos entre dos o más empresas que tengan como efecto o como objeto determinar condiciones de venta.

Se reprimen bajo esta descripción los arreglos de competidores mediante los cuales establecen las condiciones de los negocios jurídicos por medio de los cuales los consumidores adquirirán los bienes y/o servicios.

La competencia no solamente se basa en el precio, sino también en la gama de posibilidades, ventajas y facilidades que otorgue una empresa para que los consumidores adquieran sus prestaciones.

En la comercialización de productos, cada empresa establece los parámetros que van a regir dentro de la oferta dirigida al consumidor; cada consumidor observará así el contenido de las diferentes ofertas presentadas por las empresas y

determinará cuál le brinda mayores beneficios en consideración a sus necesidades y la escogerá.

Las condiciones de venta son esas políticas establecidas por una empresa para vender sus productos; cada empresa es, por tanto, libre de fijar autónomamente las condiciones que regirán sus negocios.

Esta libertad tiene la consecuencia de que entre las empresas oferentes de un producto y/o servicio existirá una competencia por brindar condiciones más flexibles de acuerdo con la necesidad del consumidor, buscando ganar con ello, una cuota o participación en un mercado.

Cuando empresas que se dedican a la venta de determinados productos y/o servicios arreglan entre ellas las condiciones sobre cómo éstos serán ofrecidos o vendidos al público en general, ese actuar se convierte en restrictivo, puesto que se elimina la competencia en el contenido comercial, esto es, se presenta un alineamiento entre los competidores.

Algunas formas usuales de cómo se presentan acuerdos restrictivos en la determinación de las condiciones de venta, son:

- **Condición en la forma de pago:** mediante esta modalidad, las empresas acuerdan la forma como los consumidores cancelarán el precio de la compra (decisiones de no vender a crédito, sino de contado, o a un mismo plazo, o con un mismo medio de pago).
- **Condición en la entrega de bienes:** condición que rodea a los negocios de compraventa de bienes y que atañe a la forma y lugar donde serán entregados los bienes adquiridos. Es fijar la forma como serán entregados determinados bienes,

como sería el caso de que lo sean sin embalaje ni transporte de lo vendido, a no ser de que el comprador cancele por dichos servicios.

- **Condiciones en las presentaciones y el contenido:** la presentación, los envases en los que son empacados los bienes, es la manera como las empresas ofrecen sus productos, creando para ello distintas gamas u opciones comerciales. El arreglo se basa en limitar presentaciones, renunciando a determinados volúmenes; siendo así, las empresas pueden acordar que sólo competirán en determinadas presentaciones comprometiéndose a no ofrecer al público otras que contengan otras cantidades menores o mayores.

Estos acuerdos igualmente se castigan por objeto o efecto, esto es, la conducta se reprime a nivel de responsabilidad tanto por la intención de las empresas en la realización de la conducta, como por la falta de previsión en el resultado de ésta.

6.3.3 Acuerdos restrictivos de comercialización discriminatoria. Están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o efecto la comercialización discriminatoria para con terceros.

A través de esta variante restrictiva, los participantes del acuerdo deciden adoptar un comportamiento diferencial que favorece a un determinado agente económico o empresa (comercializador) y por, otra parte, perjudica a otra empresa o agente económico en particular (comercializador). El acceso a los canales de distribución por parte de una empresa es un aspecto importante en su cadena de distribución, ya que éste será la única vía para lograr el acercamiento con los consumidores finales, reales o potenciales de sus productos y/o servicios, siempre y cuando no cuente con los recursos financieros necesarios para montar su propia red de distribución y/o comercialización.

Se pretende con esta prohibición que los participantes en un mercado desarrollen su actividad bajo el principio de igualdad con su red de distribución. Por tanto, no es posible que de manera conjunta la empresa fabricante de un producto arregle con un comercializador otorgarle mayores ventajas que a otro comercializador, ya que crea una alteración en la competencia entre estos dos comercializadores.

Lo relevante desde el punto de vista jurídico –normas de la competencia- es cómo determinar que existe un comportamiento en donde se separan, se diferencian o se distinguen unas empresas.

El numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1.992, precepto que califica una conducta como abusiva por discriminación, se evidencia que aparecen elementos que permiten por interpretación analógica, visualizar de cómo debe presentarse una situación para ser considerada como discriminatoria, estableciendo que para que proceda dicha calificación se requiere que “existan operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de similares condiciones”.²⁸

Para analizar si una conducta es discriminatoria, se requiere contar con dos patrones de conducta o comportamientos adelantados por las empresas infractoras de la norma, es necesario contar con un patrón de conducta con el cual se pueda comparar al discriminado.

Se requiere que los presuntos comportamientos discriminatorios se presenten dentro de negocios jurídicos que guarden similitud; es decir, los patrones o comportamientos de conducta que se van a comparar, a fin de verificar si se encuentra una discriminación, deben ser producto de una relación comercial deben provenir de contratos que entre sí guarden cierta identidad.

²⁸ Art. 50 num. 2 del decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

Una vez determinada esta primera situación, debe procederse igualmente a verificar si las condiciones ofrecidas por las empresas sobre las cuales recaen los comportamientos comparados, son análogas; de esta manera, deben ser analizados, entre otros: la calidad, el cumplimiento, las cantidades, la clase de productos, las características y especificaciones, los períodos de pago, entre otros, ofrecidos tanto al sujeto discriminado como al favorecido, determinando así si estas particularidades son similares.

Se busca, en consecuencia, encontrar dos situaciones que guarden absoluta similitud a fin de ser comparadas.

Para que una conducta sea considerada como restrictiva no es suficiente la presencia de una discriminación, de operaciones equivalentes y condiciones análogas, ya que la norma en especial, contiene un elemento adicional, cual es la presencia de una desventaja para el discriminado. Debe probarse que la discriminación o diferencia se encamina a producir una desventaja o ha generado esa desventaja frente a otras empresas que se dedican a la misma actividad.

Para la discriminación restrictiva se requiere comparar el comportamiento desigual ejercido por empresas dentro de contratos que guardan similitud en sus características cualitativas y cuantitativas entre sí.

Algunas de las modalidades o formas de discriminación son:

- **Discriminación horizontal:** modalidad de discriminación que se presenta cuando el acuerdo es suscrito por empresas ubicadas en la misma cadena de la economía (por ejemplo, entre productores para discriminar a un comercializador en especial).

- **Discriminación vertical:** participan en esta forma de acuerdo empresas que están ubicadas en diferentes etapas de la economía, discriminando con ello a un competidor de una de las empresas participantes en el acuerdo (cuando un productor se reúne con unos distribuidores y deciden discriminar a otro distribuidor).

Es necesario destacar en esta modalidad que el comportamiento restrictivo de discriminación vertical debe provenir de un acuerdo, para otorgarle mayores ventajas a un competidor del discriminado. Para que se dé lo anterior deben existir operaciones equivalentes y condiciones análogas entre discriminado y uno o varios de los discriminantes.

Igualmente, se sancionan por objeto o como efecto, se reprime a nivel de responsabilidad tanto por la intención de las empresas en la realización de la conducta, como por la falta de previsión en el resultado de ésta.

6.3.4 Acuerdos restrictivos de repartición de mercados. Están prohibidos los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición de mercados entre productores o distribuidores.

Uno de los objetivos de la normatividad de la competencia es que exista una variedad de empresas participantes en los mercados, tanto oferentes como demandantes, para que así el mercado no esté sujeto al parecer de una única empresa y el mercado tenga alternativas. Lo anterior se consigue mediante un mercado competitivo. El supuesto restrictivo en mención se encamina a prohibir que tanto distribuidores como productores, e inclusive compradores, se dividan un mercado creando barreras entre ellos, limitando las posibilidades de escogencia o de compra.

La conducta que se prohíbe es la de repartir: es evitar que las empresas se distribuyan el mercado. La repartición tiene como objeto limitar el campo de acción para cada empresa a cambio de que en su porción o cuota asignada no cuente con competencia. Es en este supuesto donde tiene importancia precisar el término mercado, las variables económicas que lo conforman las cuales mediante esta conducta pueden ser afectadas intencionalmente por los participantes (divididas). Por lo tanto, Mercado es el lugar geográfico donde se encuentran la oferta y la demanda, es decir, donde las empresas ofertan sus bienes y donde los compradores los adquieren a cambio de un precio.

Aparecen por tanto cuatro variables en esta definición: territorio, oferta, demanda y producto. Cada una de ellas puede ser repartida, virtud convenio – concertación entre los empresarios competidores participantes.

- **Repartición de mercados vía zonas o territorio:** la repartición de zonas se presenta cuando las empresas deciden adjudicarse un lugar específico donde pueden comprar o vender sus productos, obligándose a no ofrecer o demandar esos bienes en una zona o territorio diferente del asignado, creando una especie de “monopolios” sectoriales. Bajo esta forma de repartición, no es necesario adjudicar una zona exclusiva para cada empresa, ya que eventualmente puede suceder que se asigne una misma para dos o más empresas, con la obligación de no participar en otras zonas adjudicadas a otras empresas participantes en el acuerdo.

La implicación de tal comportamiento es que las personas interesadas en adquirir un producto tienen limitadas sus alternativas de compra sólo a la empresa que se encuentra en ese territorio y no pueden tener acceso a otra en la medida en que las empresas ya han arreglado quiénes serán las que atiendan en esa zona. En ese territorio, en tal sentido, el consumidor está obligado a la oferta impuesta.

Es necesario hacer referencia, por la estrecha relación que tiene con este supuesto restrictivo, al fenómeno de las **cláusulas de exclusividad**, entendidas como aquellas prestaciones dentro de los contratos mediante las cuales los fabricantes asignan un territorio exclusivo a su red. Las cláusulas de exclusividad representan un acuerdo de repartición de territorio, pues se le asigna un territorio especial a una empresa, el cual va a ser atendido únicamente por la empresa favorecida con la cláusula.

No siempre la cláusula de exclusividad representará una restricción de la competencia, siendo válida cuando dentro del mercado específico se mantiene la vigencia de los principios de la competencia, es decir, en la medida en que no se vea vulnerado el bien jurídico tutelado; no obstante, la cláusula de exclusividad puede llegar a ser desleal sin ser restrictiva, esto es el manejo del citado aspecto – exclusividad en los denominados contratos de distribución, regulados por la normatividad de la competencia desleal: art. 19 Ley 256 de 1996, el cual establece lo siguiente: *“Pactos desleales de exclusividad. Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las de industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales”*²⁹.

- **Repartición de mercado vía los clientes o la demanda:** se presenta cuando los vendedores de un bien se dividen la clientela limitándose a dirigir su oferta a ciertos potenciales compradores, comprometiéndose entre sí a no ofrecer el bien o servicio a un cliente ya asignado a otro competidor.

La clientela, en términos genéricos, es el conjunto de personas que utilizan con frecuencia, asiduidad los servicios de una empresa, o la que compra en un establecimiento o utiliza sus servicios.

²⁹ Código de Comercio: ley 256 de 1996 art. 19.

Lo que caracteriza al cliente es la participación habitual en el círculo de ventas o suministros varios de la empresa; habitualidad desde el punto de vista de la empresa y no del cliente.

Existen, por tanto, dos clases de clientes desde lo comercial: el cliente real y el potencial. Cliente real aquella persona que de manera habitual o periódica ha aceptado una oferta sobre la adquisición de un producto, siendo éstas las dos características esenciales que le dan la connotación de cliente real. Por el contrario, cliente potencial es la persona que no guarda esas características frente a una empresa, pero que hace parte del universo que requiere o puede requerir ese bien para satisfacer su necesidad, es lo que se ha denominado mercado meta.

La repartición de clientes puede ser tanto de clientes reales como de clientes potenciales. Bajo esta forma de arreglo, se crea una barrera de entrada a la compra, por lo cual el comprador está perdiendo su capacidad negociadora frente al oferente, pues no encontrará otra persona –empresa- vendedora distinta de quien fue elegido ilegalmente para atenderlo, así este último puede abusar e imponer sus condiciones. Se genera también por la celebración de este tipo de acuerdo una posición de dominio ilegal, la cual también debe ser sancionada.

- **Repartición vía productos:** este acuerdo contiene la asignación de líneas de producción entre empresas con la obligación mutua de no ingresar al mercado asignado a otro.

La empresa participante en el acuerdo dirigirá su actividad a una línea o producto determinado, en tanto que las otras empresas harán lo propio con otro producto.

Lo reprochable de la conducta es que el consumidor se ve privado del ingreso de un potencial oferente, ya que la oferta disminuye en este caso, en vista a que alguien –otra empresa- que puede ingresar renuncia a ello para su futura participación.

El desarrollo del acuerdo se puede presentar cuando una empresa ya participante renuncia al mercado para dedicarse a otro o porque renuncia a entrar. Sucede habitualmente cuando dos empresas compiten a la vez en dos segmentos; entonces, para evitar la competencia cada una decide renunciar a un mercado, así dejan de competir entre ellas y se asignan de forma ilícita la exclusividad del producto.

Es factible que en esta modalidad se presenten los llamados **acuerdos de no competencia** que existen cuando se presenta una integración empresarial donde el negocio es vendido a terceros, generalmente se presentan las situaciones de venta de línea o líneas de negocios o productos. En estas figuras es usual que el comprador se asegure de que el vendedor esté vendiendo algo real, pues sería muy fácil para éste vender su negocio y posteriormente constituir una nueva empresa dentro de ese segmento económico. Situación esta que se presenta en la circunstancia de insolvencia empresarial, cuando los propietarios se someten a dicho beneficio concursal, pero crea posteriormente una empresa dedicada a la misma actividad pero con identificación social diferente.

- **Repartición de los vendedores o de la oferta:** los acuerdos no sólo provienen de las empresas que ofrecen productos en un mercado, ya que también pueden provenir de compradores, especialmente de los que adquieren materia prima para transformarla en producto terminado.

Existen mercados donde el número de vendedores es superior al número de compradores. Cuando ello ocurre, el poder de mercado lo ostentan quienes

adquieren los productos, pudiéndose presentar que los compradores de materia prima acuerden repartirse los vendedores, limitando su oferta a uno solo, por lo tanto los vendedores no tendrán a quien más ofrecerle el producto, viendo disminuida su capacidad negociadora como consecuencia del acuerdo. En tal forma, el vendedor sólo tendrá una opción de venta y el comprador adquirirá ilegalmente la calidad de monopsonio: cada comprador sólo le comprará a un vendedor, entonces el manejo de precio lo adelantan mediante una “cartelización” de las empresas en la demanda –compradoras-.

6.3.5 Acuerdo de asignación de cuotas. Están prohibidos los arreglos entre dos o más empresas que tengan como objeto o como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

La cantidad de bienes que se encuentren en un mercado es una variable que permite determinar el nivel de oferta en dicho mercado. Esta enunciación de acuerdo restrictivo está encaminada a que la oferta tenga un desarrollo acorde con el desarrollo libre de la demanda exigida por los consumidores de bienes, de tal forma que cada empresa debe autónomamente determinar cuánto producto fabricará según la demanda requerida por sus consumidores y en qué lugar lo venderá. Por lo tanto, es posible que exista una repartición por niveles o porcentajes de producción. En consecuencia, no es válido, bajo las normas de la competencia, que las empresas arreglen entre ellas lo que les corresponde a cada una producir o suministrar al mercado.

El comportamiento racional de las empresas es que de acuerdo con su capacidad instalada, su capacidad real efectiva, así como con el comportamiento de la demanda y de la cantidad de bienes ofrecidos por sus competidores, alcancen a determinar la cantidad de bienes que las hace competitivas en un mercado, para alcanzar un nivel óptimo en su producción sin aumentar sus inventarios más allá de lo que venden.

No obstante, en el comercio existen situaciones que las empresas oferentes de productos aprovechan para manejar el mercado en el cual participan, como es la asignación de cuotas, en donde los participantes deciden en conjunto determinar cuál va a ser el nivel de producción de todo un mercado, estableciendo el número de unidades que producirá o suministrará cada uno de los acordantes.

Mediante este arreglo, las empresas observan el nivel de demanda del producto y se comprometen a producir un número de bienes generalmente inferior al nivel de demanda para subir el precio, asignando a cada participante una cuota de producción por empresa. Lo anterior hace que cada empresa tenga su porción de ventas asegurada, pues nunca va a existir sobreoferta en el mercado donde actúan y todas las empresas vendedoras al final de cada producción venderán lo producido, manejando así el precio. La consecuencia es que en adelante no competirán, ya que las ventas de sus productos están totalmente garantizadas.

La conducta descrita en este supuesto es aplicable en la producción o en el suministro; en este último, según lo establecido por el art. 968 del Código de Comercio.

6.3.6 Acuerdos de reducción de oferta. Están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas que tengan como objeto o por efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar los niveles de producción. Muy relacionado en su estructuración con la conducta descrita en el supuesto restrictivo anterior: acuerdo de asignación de cuotas.

Cada empresario en un mercado libre tiene libertad para participar de la forma que considere pertinente, pero nunca vulnerando el derecho que les asiste a los demás (límite). Así como existe libertad para participar, también existe libertad para retirarse. No se discute, por tanto, la facultad que tiene una empresa para

participar o retirarse de un mercado. Esta es una premisa general y fundamental del derecho de la competencia. Como resultado de la asignación de cuotas (supuesto restrictivo anterior) se presenta la reducción de oferta y, por ende, el aumento de precio. Bajo la especialidad de las normas, este tipo de acuerdo (reducción de oferta) representa como consecuencia la abstención total de producir un bien o un servicio.

En el supuesto restrictivo normativo se tratan dos conductas: la abstención y la afectación en la producción.

El supuesto castiga que las empresas que producen un bien o un servicio no sigan produciendo lo que se encontraba en oferta o inclusive se comprometen a no producir un bien en un mercado el cual podrían ser potencialmente oferentes. Estos dos supuestos son diferentes: el primero requiere de una situación pasada de producción; el segundo, refleja una situación futura de participación, acordando no producir en los dos casos.

Una conducta de abstención no siempre deviene de la asignación de cuotas, sino que también puede provenir de una intención no productiva entre competidores para subir como consecuencia el precio, comprometiéndose todos a dejar de producir sin necesidad de asignarse cuotas entre ellos. Las empresas participantes del acuerdo, deciden no producir, sin que sea necesario para su configuración que se afecte la oferta del producto o servicio, ya que el precepto no plantea esta situación como un elemento esencial para la adecuación normativa.

De la misma manera, será restrictiva la consecuencia de afectar los niveles de producción, cuando se impone una barrera de entrada a un competidor, renunciando éste a participar, impidiéndole, por ejemplo, la compra de materia prima, insumo necesario para su futura participación. Bajo esta conducta, se

reprime cualquier forma utilizada para afectar los niveles de producción, bien sea dejando de producir o mediante otro mecanismo que tenga ese efecto.

Esta segunda parte de la norma es general y no se refiere a casos específicos, sino que permite adecuar la norma a comportamientos que afectan la producción de bienes y servicios. No siempre la afectación de la producción deviene del acuerdo de no producción celebrado por los fabricantes de un bien, sino que puede provenir de empresas que hacen parte de la cadena, quienes por tal conducta pueden violar variadas normas de competencia.

Estos comportamientos restrictivos están **vinculados al aspecto o variable de los precios**, pues la cantidad de bienes que se encuentran en oferta es una de las determinantes para que el precio de los productos suba o baje, puesto que en mercados donde exista gran cantidad de bienes en un número mayor que la demanda el precio bajará y, por el contrario, en mercados donde exista una demanda superior a la oferta el precio inevitablemente subirá.

6.3.7 Acuerdos restrictivos de ventas atadas o subordinadas. Son restrictivos los arreglos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan por efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

La prohibición se presenta cuando una empresa obliga a comprar bienes o servicios con prestaciones que no guardan relación con el negocio, lo cual aumenta el gasto del consumidor y, por ende, disminuye la capacidad adquisitiva de bienes. Esta situación se conoce como ventas atadas o subordinadas.

Es el equilibrio de los excedentes del consumidor y los excedentes del productor lo que determina la configuración de esta conducta: el excedente del consumidor

representa el valor que está dispuesto a pagar por un producto o servicio ofrecido en el mercado; el excedente del productor es el beneficio máximo en utilidades que busca obtener una empresa con la venta de su producto.

En uso de la libertad de escogencia, el consumidor define la oferta que más se acerca a su presupuesto y a su necesidad. En algunas ocasiones, esa libertad no es tan clara, como en los casos en donde las empresas unen o vinculan un producto con otra prestación, condicionando el negocio a otras prestaciones extrañas al producto buscado por el consumidor. Esta situación impide la interacción entre los excedentes mencionados en párrafos anteriores y aminora la capacidad de adquisición del consumidor, quien por restricciones presupuestales debe privarse de la compra de otros productos por adquirir que no se encuentran acompañados de prestaciones atadas.

De acuerdo con su ingreso, los consumidores determinan qué productos pueden adquirir. Así, el valor de los productos resulta de la mayor importancia, pues en la medida en que suban y el ingreso no lo haga, se perderá paulatinamente capacidad adquisitiva. Entonces, el efecto económico de esta conducta es que al atar un producto con otro, los competidores harán que un consumidor pague más y compre más de lo que necesita. Como contrapartida, los comerciantes tendrán un mayor ingreso: esto es lo perverso o reprochable del comportamiento.

No existen reglas generales para establecer cuándo se presentan obligaciones que no tienen que ver con la naturaleza del negocio, pero puede establecerse desde la práctica, la siguiente casuística de variables para analizar en casos concretos la situación anteriormente descrita: que el producto sea físicamente independiente; que no sea un bien mueble que accede a otro bien mueble; que comercialmente le sea muy rentable ofrecer el producto de esa manera; que dentro de los elementos accidentales del negocio existan prestaciones leoninas o

abusivas y que dentro de los elementos accidentales no existan prestaciones que no generen valor agregado a la satisfacción buscada por el comprador.

Algunas de las formas de utilización de las ventas atadas serían:

- **Acuerdo de ventas atadas entre empresas de un mismo mercado:** acuerdo que se presenta cuando las empresas dedicadas a un mismo mercado deciden atar a un producto otras prestaciones también ofrecidas por cada una de las empresas, como sería el caso de cuando todas las empresas oferentes deciden vender un producto, subordinando su venta a la adquisición de los repuestos del producto, sin ser posible adquirir por separado los repuestos del producto.

Es necesario advertir en este punto la diferencia de la venta subordinada de **la promoción de productos**, en donde es permitido regalar un servicio o un bien por la compra de otro producto; se observa que es un regalo; si este regalo (promoción) es cobrado y señala oferta se estaría en la presencia eventual de un posible caso de publicidad engañosa.

- **Acuerdo de ventas atadas entre empresas de diferentes mercados:** bajo esta forma de acuerdo, las empresas atan sus prestaciones y obligaciones con las de otras empresas. Se evidencia, de esta manera, que lo subordinado no pertenece a la misma empresa, sino que ellas atan entre sí sus productos, de modo que resulta imposible para el consumidor adquirir lo de una empresa sin adquirir lo de la otra.

- **Acuerdo de ventas atadas celebrado entre compradores:** mediante esta clase de acuerdos, las empresas que subordinan el suministro son las adquirentes del producto; sería el caso de cuando los compradores de una materia prima deciden en conjunto no comprarle al vendedor que no les transporte la mercancía comprada puerta a puerta. En este caso, nada tiene que ver la compra de la

mercancía con el transporte de la misma, mucho menos si lo decidieron las empresas en conjunto. Se advierte en este supuesto, igualmente, que la norma permite o incluye una excepción a la adecuación normativa, según la cual en ciertos casos particulares la ley puede subordinar un producto a otro; para hacer operante esta excepción deberá analizarse cada caso en particular.

6.3.8 Acuerdos Colusorios en Licitaciones. Son restrictivos los arreglos entre dos o más empresas que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribuciones de concursos o fijación de términos de las propuestas.

La elección por medio de licitaciones es una forma utilizada por entidades públicas y privadas para determinar cuál es la mejor opción del mercado a fin de satisfacer su necesidad; para ello, mediante un pliego que contiene las especificaciones para el negocio en particular, se invita a las empresas que prestan el servicio, vendan o suministren el bien requerido, con el objetivo de que presenten sus ofertas y poder elegir así la más adecuada: es una invitación a competir.

La Ley determina las condiciones de la licitación para las entidades del sector público, mediante las normas de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993); las entidades del sector privado también acuden al mecanismo de las licitaciones, bien de manera facultativa o bien porque la ley en ocasiones les exige tal comportamiento (sector financiero: seguros para los deudores de créditos, Decreto- Ley 663 de 1993: estatuto orgánico del sector financiero).

Colusión en su acepción natural significa pactar en daño a tercero: la conducta principal de esta manera es el pacto para desfavorecer a un tercero. No es cualquier conducta la reprochada, pues debe tenerse en cuenta que se está en presencia de una situación que le corresponde al Derecho Económico, en donde es necesario verificar si la participación de los interesados se está viendo afectada

por la conducta adelantada por otros. En este sentido, el pacto debe ser esencialmente ese, aquel que tenga la intención de no permitir la libre entrada o condiciones que defrauden a los interesados; el punto relevante recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso o en la licitación (cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso).

Es necesario aclarar que este acuerdo puede ser celebrado por los participantes en la licitación, así como por la misma empresa que crea el pliego para recibir ofertas, e inclusive por empresas que no participen en la licitación.

La colusión se divide, según el precepto fáctico enunciado en tres formas:

- **Distribución de adjudicaciones en contratos:** esta forma de colusión tiene como sujetos las empresas interesadas en presentar propuestas, que de manera acordada escogen entre ellas a la empresa que presentará la mejor propuesta, introduciendo en cada propuesta elementos que la hacen más atractiva, lo que deja sin posibilidad de una verdadera escogencia a la empresa interesada en los servicios.
- **Distribución de concursos:** el alcance de este supuesto hace referencia particular a los concursos, definidos en términos anteriores, con los mismos elementos descritos en el comportamiento anterior.
- **Fijación de términos en las propuestas:** las conductas colusorias pueden ser desarrolladas tanto por las empresas que convocan a la licitación como por las empresas potencialmente interesadas en participar en ella. La conducta de este supuesto hace parte de aquéllas que requieren obligatoriamente la participación de la empresa que pretende adjudicar los contratos.

La conducta restrictiva, pues, debe ser desarrollada por la empresa que invita a presentar ofertas a otras. La conducta que se reprime consiste en elaborar unos pliegos –condiciones de la contratación o licitación o concurso- que no permitan la igualdad de oportunidades para los posibles participantes, pues por medio de estos puede la licitación estar dirigida para que uno de ellos se vea favorecido. En tal instancia, la empresa o la persona encargada de elaborar los pliegos acuerda con uno de los potenciales contratistas la adjudicación del contrato, diseñando en conjunto un pliego que beneficiará al partícipe del acuerdo.

6.3.9 Acuerdos restrictivos de limitación en desarrollos técnicos. Los arreglos entre dos o más empresas que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación de los desarrollos técnicos son considerados como restrictivos.

Cada mercado, fuera de contar con variables como son la oferta y la demanda, cuenta también con otros elementos que permite que se desarrollen de acuerdo con su necesidad. Dentro de los elementos mencionados, se encuentra la tecnología, conformada por todos aquellos avances que hacen más eficientes y menos costosos los mercados.

Los productores buscan mediante departamentos especializados (Investigación y Desarrollo) nuevas formas de elaboración del producto, nueva maquinaria industrial y tecnología que les permita obtener el desarrollo de una ventaja competitiva a la par de la obtención de un ahorro eficiente en costos. Una empresa sin investigación y desarrollo deja de ser competitiva.

En el transcurso de dicha actividad de investigación, las empresas incurren en unos costos que después generalmente son recuperados con la venta de un producto; las patentes cobran entonces su mayor importancia, pues permiten a veces la utilización exclusiva de ciertas innovaciones, a no ser que sean necesarias las patentes obligatorias.

Bajo este supuesto restrictivo, se reprimen aquellas conductas encaminadas a bloquear para un mercado la entrada de aquellos avances que permiten mayores eficiencias, lo cual se refleja en una mayor competitividad, pues a medida que un comerciante implemente determinada tecnología el resultado directo será su mayor competitividad frente a otros comerciantes del mismo mercado, v.gr. la incursión de la denominada tecnología 3G en las operaciones de la telefonía móvil celular.

De la misma manera, será restrictivo el comportamiento por medio del cual las empresas acuerdan por un tiempo no investigar, no competir en tecnología hasta tanto recobren el costo de la inversión en tecnología, dejando rezagado al mercado de nuevos productos con menores costos, lo que conlleva de manera directa a un perjuicio del consumidor.

6.3.10 Acuerdos restrictivos sobre fuentes de abastecimiento de materias primas. Están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas mediante los cuales se asignen, repartan o limiten fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

La creación y transformación de bienes por medio de la combinación de materia prima, mano de obra y tecnología representa lo que se conoce como producción.

Por ser esta función importante para la economía, la regulación o normatividad del derecho de la competencia contiene un supuesto restrictivo que asegura una libertad en la oferta y demanda de materias primas o insumos productivos, necesarios para competir. Por ello, mediante este supuesto se previene y castiga cualquier conducta restrictiva en la comercialización de materias primas.

El supuesto que se analiza se circunscribe exclusivamente a fuentes de abastecimiento de insumos productivos, esto es, aquellos bienes intermedios que requieren de mano de obra para satisfacer necesidades de los consumidores.

Por fuente se entiende tierra, capital, trabajo y tecnología. Entonces, en este caso, lo que se limita no es el bien intermedio sino su fuente de abastecimiento.

6.3.11 Acuerdo para impedir acceso a los mercados. Están prohibidos los arreglos por medio de los cuales los competidores deciden obstruir la entrada de un competidor al mercado, así como a los canales de distribución.

Este supuesto restrictivo fáctico protege dentro de una economía la variedad de precios y de bienes. Se presenta cuando los competidores se apoderan del mercado creando barreras con las cuales impiden la presencia de nuevos competidores, lo que disminuye las opciones potenciales para otros interesados en entrar.

El bloqueo puede ser respuesta a la amenaza que representa el que está por entrar al mercado frente a las utilidades y ganancias de las empresas ya existentes. Se presenta en aquellos mercados donde las empresas ya presentes sienten temor de perder su lugar. La barrera se genera al saber que la eficiencia del nuevo puede poner en riesgo el mercado ya cautivado por las empresas existentes en el mercado.

El perjuicio para el mercado es que se ve privado de nuevas alternativas que permitirían tener opciones diferentes de las existentes, disminuyendo la competencia.

6.4 ANTIJURIDICIDAD DE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Analizada la tipificación de los comportamientos en los diferentes supuestos fácticos de carácter restrictivo, contenidos especialmente en el Decreto 2153 de 1992, se comentará la segunda parte necesaria para que dichos comportamientos o supuestos sean calificados como restrictivos: la antijuridicidad.

De acuerdo con el Derecho o normas de la competencia, para que un comportamiento sea restrictivo se requiere que sea significativo, es decir, que dañe el bien tutelado: Art.4 numeral 10 Decreto 2153 de 1.992.

Según la regulación, la competencia tiene cuatro finalidades o principios económicos, los cuales se denominan como significativos:

- **Libertad de escogencia del consumidor**
- **Libertad de entrada de las empresas a un mercado**
- **Variedad de precios y de bienes**
- **Eficiencia del aparato productivo nacional.**

Estas finalidades aparecen contenidas en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1.992. Sólo se afectará el bien tutelado en la medida en que sean creadas distorsiones o fallas de mercado que impidan el libre desarrollo de estos principios. Inclusive estando la conducta dentro de la tipificación de los supuestos fácticos como acuerdos, abuso o actos restrictivos contemplados en la Ley, si no existe una vulneración a estos principios no resulta válido alegar daño al bien tutelado y, por ende, el comportamiento estaría dentro de la legalidad administrativa, pues faltaría el elemento antijuridicidad.

La principal finalidad de las normas de la competencia es propender por la redistribución equitativa del dinero, así como el cuidado del excedente del

consumidor (Derecho del Consumidor); para ello se busca que **el precio de los productos en un mercado sea reflejo de un mercado en competencia.**

6.4.1 Libertad de entrada de las empresas al mercado. Las empresas tienen libertad para escoger la actividad económica que desarrollarán. Por el lado de la oferta, se encuentran las empresas que proponen negocios a los consumidores; son los agentes económicos que venden los bienes y prestan los servicios para satisfacer las necesidades de los compradores.

Para lo anterior, actúan desde la perspectiva gerencial: inicio con el estudio de necesidades del mercado (investigación de mercados meta), el cual contiene un análisis de lo requerido por el consumidor. Una vez reconocida la necesidad del mercado meta, la empresa debe desarrollar las labores suficientes (cadena de valor) para fabricar un producto que pueda satisfacer la necesidad identificada.

Otra variable está representada en la posibilidad de que el negocio sea rentable desde lo financiero para la empresa; cuando la empresa cree que puede satisfacer la necesidad del consumidor y que el negocio reportará una buena utilidad, inmediatamente entra a ejercer su derecho de ingresar al mercado, es decir, su autonomía. En desarrollo de dicha autonomía, la empresa establece el producto ofrecido y sus características, el lugar donde lo venderá, el precio al cual será ofrecido y el tiempo o período en el cual desarrollará su actividad empresarial.

Estos cuatro factores se agrupan en lo que se denomina la **libertad de entrada de una empresa al mercado.** Cualquier comportamiento de una empresa encaminado a impedir que el ciclo de oferta de otra empresa se desarrolle en un mercado genera de inmediato problemas de competencia. Esto es, la libertad de entrada significa la inexistencia de barreras que impidan a una persona adelantar una actividad económica (libre iniciativa privada y libertad económica: art.333 Constitución Nacional).

Las barreras a la entrada son obstáculos que impiden la entrada al mercado; se presentan bajo las siguientes formas: barreras regulatorias, barreras de mercado y barreras impuestas por los competidores. Entonces, el fenómeno que impide el normal ingreso al mercado se denomina barrera a la entrada, que no es más que una carga o límite para que una empresa entre a competir en un mercado.

- **Barreras regulatorias:** se presentan por la imposición normativa que ha establecido un Estado en virtud de su poder de intervención en una economía: art. 334 Constitución Política.

La regulación puede estar dirigida a establecer los sujetos calificados que pueden ofrecer el bien o servicio, las formas de oferta del producto, los aspectos tributarios y otros que llevan a la generación de costos o de características mínimas que debe tener un comerciante para ingresar, los cuales significan la imposibilidad de ingreso a un mercado. Un caso en mención podría ser el concerniente al de la actividad financiera o de prestación de los denominados servicios públicos domiciliarios. Se determinan como barreras regulatorias, entre otras, las patentes, las licencias y las restricciones a las importaciones. Debe advertirse que pueden presentarse regulaciones nulas o inconstitucionales.

- **Barrera estructural:** es aquella barrera creada por la estructura particular de un mercado, como es el caso de la inversión mínima requerida para participar en un determinado segmento. Esta barrera depende de situaciones inherentes al mismo mercado (necesidades tecnológicas específicas y de alto costo). Esta barrera no es ilegal, pues no es imputable a ninguna empresa o agente económico, sino a las condiciones propias del mercado.
- **Barrera creada por los competidores:** Se constituyen por empresas que se encargan de generar un escenario económico desalentador para potenciales

competidores, en la medida en que les hacen difícil la entrada. Es decir, la empresa interesada en el mercado lo analiza y encuentra que no obstante ser una buena oportunidad, su ingreso está lleno de obstáculos que no le permitirían sobrevivir a la fase de conocimiento, profundización o penetración, pues está muy posiblemente destinada a salir del mercado como consecuencia del comportamiento inapropiado de empresas que generaron la barrera.

Es una carga de ingreso al mercado que no depende de la estructura misma del mercado y mucho menos de la parte regulatoria, sino que es el resultado del comportamiento de un empresario que impide la competencia. Esta es una barrera ilegal, la que es objeto de estudio de las normas de la legislación de la competencia. La obligación de competir es una materia de orden público e intransigible, por ello está por fuera del poder dispositivo de las partes.

De acuerdo con lo anterior, las empresas tienen, en principio, una amplia libertad de participación en el segmento económico que escojan; sin embargo, el Estado, en su función de intervención en la economía, muchas veces regula el mercado y es el encargado de imponer barreras de entrada a éste.

Este tipo de barreras, por principio de legalidad, resultan válidas mientras no sean demandadas por inconstitucionales, generalmente por favorecer a unos sin atender el interés general de la colectividad. También se encuentran las barreras estructurales, que son las propias de cada mercado en particular, constituidas por el mismo desarrollo de los segmentos. Y está la barrera creada por los competidores, la cual resulta ilegal, pues impide la competencia en beneficio de pocos.

Son comportamientos en este último caso que causan daño imputable a su autor; se presenta responsabilidad por falsear la competencia. Con esta finalidad, el bien tutelado por las normas de competencia es la **autonomía de la voluntad de**

las empresas en su actividad, siendo inaceptables comportamientos que impidan ese desarrollo. Cuando esto ocurre, existe daño al bien tutelado.

Algunas de las barreras que pueden presentarse a título enunciativo, serían:

Barrera por economía de escala

Barrera por necesidades de capital

Barrera de tecnología

Barrera por acceso a materias primas e insumos

Barrera por nivel de concentración

Barrera por escasez en los productos sustitutos

Barrera por elasticidad en el precio

Barrera por ayudas estatales

Barrera por sistema o canales de distribución

Barrea por precios regulados como consecuencia del monopolio

Barrera por el poder de negociación de los productores y demás proveedores y de los distribuidores y demás compradores

Barrera de competencia potencial

Barrera por normas y sistemas de publicidad.

6.4.2 Libertad de escogencia del consumidor. La libertad de escogencia es la facultad que tiene una persona para satisfacer su necesidad definiendo su preferencia dentro de las alternativas que le brinda el mercado. La libertad de escogencia del consumidor es analizada desde dos perspectivas: una económica y otra de marketing.

Desde la económica: del lado de la demanda participa la persona que mediante la adquisición de bienes y servicios satisface sus necesidades. Como consumidor, determina sus deseos y necesidades, representados por lo que anhela adquirir con su dinero. El consumidor recibe un ingreso y lo invierte de forma tal que cubra

sus principales necesidades y renuncia a aquellas que por su restricción presupuestal no puede satisfacer en ese momento.

Una vez el consumidor ha definido sus necesidades prioritarias, debe proceder a escoger los bienes que más se ajustan a lo que él requiere. Son muchos los factores que debe observar para una mejor escogencia: precio, servicio, calidad de los bienes, exclusividad de la marca, transporte, plazos de pago, entre otros; en este sentido, el potencial comprador –consumidor- recibe una información que le es entregada por el mercado, hace una valoración de ella y decide qué adquirirá.

Con el comportamiento acabado de describir, se puede deducir que el potencial adquirente de un producto tiene o cuenta con total libertad para hacer su elección en el mercado; por tanto, cualquier comportamiento de la empresa que atente contra este orden de libertad causa daño al bien tutelado.

Desde el marketing: frente a la explicación económica de libertad de escogencia se encuentra la justificación de marketing, la cual parte de explicar las etapas del proceso de compra y encuentra la afectación a la libertad de escogencia en todo comportamiento humano que afecte la selección de un producto en una de las etapas comentadas.

El proceso evolutivo de la selección de un producto consta de cuatro etapas: 1. el reconocimiento de una necesidad por parte de un sujeto; 2. la identificación de los productos disponibles dentro del mercado que pueden satisfacer esa necesidad (disponibilidad o libertad de oferta); 3. el estudio de las alternativas que existen, donde se analizan las características, precio, calidad, idoneidad o servicio, variables pregonadas por las empresas que ofrecen los productos (ventajas competitivas) y 4. la selección del producto (momento final de compra).

El comprador detecta lo que requiere del mercado, despertando su deseo de adquirir un bien o servicio que otro ofrece. Después, define las alternativas (marcas disponibles); “en la búsqueda de alternativas influye: cuánta información tiene el consumidor de experiencias anteriores y de otras fuentes; la confianza que el consumidor tiene de esa información y el valor esperado de información adicional”³⁰. En este último aspecto, precisamente es donde se resalta la importancia que para una empresa tiene el ejercicio de la opción gerencial y de mercadeo de la denominada publicidad; aspecto este que las normas sobre prácticas restrictivas comerciales no regulan específicamente, sino que la regulación de su práctica y/o ejercicio de carácter ilegal le queda a la normatividad de la competencia desleal (Ley 256 de 1996). El art. 7 de la mencionada Ley considera que “constituye competencia desleal todo acto o hecho (...) que esté encaminado a afectar o afecten la libertad de decisión del comprador o del consumidor (...)”.³¹

En esta fase, el consumidor tiene la carga de informarse acerca de las empresas que ofrecen un producto, las cuales agrupadas representan las empresas con posibilidad de ser escogidas.

Posteriormente estudia cada alternativa. En esta etapa, el consumidor analiza cada opción que ofrece el mercado y determina cuál se acerca más a lo que él busca, bien sea en cuanto al precio, la calidad del producto, la forma de pago, las garantías o por otras condiciones que para él son importantes.

Por último, hace su elección. El consumidor define lo mejor para él y cancela una suma de dinero por el producto o servicio: un intercambio.

³⁰ KOTLER Philip ., Op. Cit., p. 192.

³¹ Art. 7 Ley 256 de 1996: de la competencia desleal.

Desde el punto de vista del marketing, se afecta la libertad de escogencia cuando se presentan comportamientos de terceros que afectan el libre desarrollo de estas etapas. Es decir, la libertad trata de un proceso sin distorsiones que afecten la voluntad humana en la decisión de compra.

Entonces, si una empresa impide que un competidor participe dentro de las alternativas de mercado o impide la verdadera escogencia del producto, en esos casos se afecta económicamente la libertad de escogencia que posee un particular.

Lo perjudicial se presenta en la medida en que en el supuesto de que se impida al consumidor tener acceso a todas las alternativas, éste podría no hacer su mejor elección para satisfacer su necesidad.

La libertad de escogencia también es analizada desde la perspectiva de lo jurídico, del Derecho, en lo que se denomina como el Principio de la Autonomía de la Voluntad. Ésta, en términos sencillos, es el desarrollo de libertades que tiene un sujeto para escoger: la parte con la cual contrata, el producto objeto del negocio y el contenido contractual que va a regir la relación jurídica.

Al relacionar la autonomía de la voluntad con la libertad de escogencia nace para el consumidor un derecho que le asegura poder escoger lo que él desee y lo que más se acerque a la satisfacción de su necesidad, siendo castigados los comportamientos de terceros que vulneren o afecten dicha libertad.

Al tratarse de una situación que jurídicamente está basada en una relación de causa y efecto, como todas las relaciones de índole jurídica, la causa que impide el ejercicio de la libertad de escogencia es el arreglo entre competidores para restringir la oferta a compradores con determinadas características.

6.4.3 Variedad de precios y servicios. El objetivo de la competencia es que las empresas hagan su mejor esfuerzo por ser elegidas, presentando ofertas atractivas que les permitan captar la atención de los compradores. Para ello deben tratar de diferenciarse del resto de las empresas del mismo segmento económico. En cada segmento, de acuerdo con su conformación, pueden existir diferentes estructuras; se encuentran mercados monopólicos, duopólicos, oligopólicos o monopsónicos.

Existe un oligopolio cuando se presentan por el lado de la oferta pocas empresas. Es decir, es un mercado calificado como concentrado en pocos comerciantes.

Se trata de un duopolio cuando son dos las empresas que ofrecen sus productos y compiten en el mercado. Y, por último, se presenta un monopolio cuando el consumidor no tiene una alternativa para escoger. Estos fenómenos se analizan desde la perspectiva de la oferta en un mercado.

Sin embargo, también puede ocurrir por el lado de la demanda, hablándose por ello de monopsonio, que se presenta cuando existe solamente un comprador y muchos vendedores.

La característica económica fundamental de las anteriores situaciones mencionadas es que en ellas se presenta una concentración de riqueza en pocos, y las alternativas de compra o venta se reducen a mínimas opciones.

La variedad de bienes permite que un mercado no dependa de una empresa en particular. En este orden, si una de las empresas aumenta el precio de sus productos de manera desbordada, el consumidor tendrá la opción de escoger otros productos cuyo precio no ha subido. Situación que no ocurriría si solamente existiera un productor dentro del mercado, pues ante un aumento de precios, los

consumidores quedarían limitados a aceptar esas condiciones o a renunciar a satisfacer esa necesidad.

Este principio resulta estar protegido dentro de los diferentes supuestos restrictivos (acuerdo de precios iguales) ya que si los precios han sido arreglados entre competidores bajo la figura de precio igual, el mercado no contaría con variedad de precios.

7. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE LA COMPETENCIA

Todos los eventos de supuestos restrictivos de la competencia, analizados en el capítulo inmediatamente anterior, cuando son objeto de investigación y sanción se someten a un procedimiento determinado por las normas de la Competencia ante el ente designado por la Ley para dicha función, cual es la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del Superintendente y/o de los Superintendentes delgados para la promoción de la competencia.

Dicha normatividad está contenida básicamente en el Decreto 2153 de 1.992, la cual en la mayor parte de sus presupuestos quedó vigente por la Ley 1340 de 2.009, salvo la introducción de algunas figuras o características adicionales que propenden por una mayor eficiencia en la aplicación de dicha normatividad.

7.1 PROCEDIMIENTO ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO: INVESTIGACIÓN DE CONDUCTAS CONTRA LA COMPETENCIA

El Decreto 2153 de 1992 consagra en su artículo 52 el procedimiento que debe seguir la Superintendencia de Industria y Comercio para establecer si un agente del mercado ha violado las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Artículo 52.- Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación. Cuando se ordene abrir una investigación se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer.

Durante la investigación, se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación, se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto por este artículo, se aplicará el Código Contencioso Administrativo. Al ser un procedimiento de carácter administrativo, la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de promoción de la competencia debe enmarcarse, de principio a fin, dentro de los derechos al debido proceso y a la defensa, consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política.

Así mismo, por tratarse de una actuación administrativa, ésta debe desarrollarse de acuerdo con los principios constitucionales que gobiernan la función administrativa como la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad entre otros, según lo dispuesto por el artículo 209 de la Carta Política.

7.2 ASPECTOS PROCESALES Y ETAPAS DE LA INVESTIGACION ADMINISTRATIVA

El procedimiento de investigación puede dividirse en varias etapas:

7.2.1 Iniciación de la actuación. Cualquier persona puede entablar una queja por una posible violación a las normas de promoción a la competencia, ante la

Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que la entidad inicie su actuación. La División de Promoción de la Competencia es la encargada de atender estas peticiones e informarlas al Superintendente Delegado para que decida si da inicio al procedimiento contemplado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, cumpliendo así con lo señalado en los numerales primero y segundo del artículo 11 del decreto 2153 de 1992.

La investigación también puede ser iniciada de oficio.

7.2.2 Averiguación preliminar. El Superintendente Delegado debe valorar el impacto que tendría en el mercado la presunta violación a las normas sobre promoción a la competencia y si es relevante, dictará auto mediante el cual declara la apertura de la averiguación preliminar, “cuyo resultado determinará la necesidad de realizar la investigación”, dando cumplimiento al numeral tercero del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992. Si en la averiguación preliminar no se encuentra una infracción a las normas sobre promoción a la competencia, no se dará inicio a la investigación.

7.2.3 Apertura de la investigación. Si se encuentran méritos suficientes, se decreta la apertura de la investigación, mediante resolución expedida por el Superintendente Delegado que se notifica personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretende hacer valer. Contra este acto administrativo no cabe ningún recurso.

Con el fin de hacer efectivo el derecho de contradicción, la información recaudada durante la etapa de averiguación preliminar debe ser puesta en conocimiento de los investigados y, a partir de la notificación, el investigado tiene acceso al expediente.

7.2.4 Acceso al expediente. Todas las personas pueden acceder a los documentos públicos, a menos que la Ley disponga alguna restricción, como es el caso de las investigaciones en materia de competencia, según lo establece el artículo 13 de la Ley 155 de 1959. Durante la etapa de averiguación preliminar, el expediente tiene carácter reservado frente a los posibles infractores, el denunciante y terceros. Una vez iniciada la investigación, cualquier persona podrá tener acceso al expediente, pero aquellos documentos del agente económico investigado que tengan carácter reservado, serán puestos en cuaderno separado y no serán exhibidos al público, a terceros o al denunciante.

7.2.5 Medios probatorios. Para verificar la ocurrencia de un hecho, es necesario acudir a los medios de prueba, pues con base en ellos se tomarán las decisiones correspondientes frente al caso en estudio. En la investigación, la carga de la prueba está en cabeza de la Superintendencia. Al investigado le corresponde demostrar que las pruebas recaudadas son insuficientes para tomar una decisión o que las conclusiones que se derivan de las pruebas son inciertas y nada comprueban.

7.2.6 Sanciones. Instruida la investigación, el Superintendente Delegado presenta un informe motivado al Superintendente de Industria y Comercio, quien decidirá si sanciona o no al investigado. Si hay sanción, el Superintendente ordena la inmediata modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las normas sobre promoción de la competencia e impondrá las sanciones pecuniarias correspondientes, conforme a los numerales 13, 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Sin embargo, es necesario precisar que el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el artículo 52 del mismo decreto le otorga la posibilidad al Superintendente de Industria y Comercio de ordenar la terminación

anticipada de la investigación cuando el investigado ofrezca garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Artículo 4.- Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: (...)

b. 12. Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Según concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio (Concepto 6027630 del 25 de junio de 1996) la oportunidad procesal para que el presunto infractor ofrezca garantías durante el curso de la investigación, lo que implica que el Superintendente de Industria y Comercio no puede haber expedido resolución en donde decida sobre la existencia de una violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, razón por la cual se habla siempre de un presunto infractor. Sin embargo, algunos autores opinan que a pesar de que la norma no señala un límite en cuanto a la oportunidad procesal para proponer las garantías, éstas deben ofrecerse antes de la instrucción del expediente.

De esta forma, se da por terminada la investigación, no sin advertir al investigado que de incumplir las garantías ofrecidas, la Superintendencia de Industria y Comercio reanudará la investigación que fue clausurada de forma anticipada.

8. NOVEDADES DE LA LEY 1340 DE 2.009 (NUEVA LEY DE COMPETENCIA) SOBRE LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES

Básicamente la Ley 1340 de 2.009 ha mantenido los principios fundamentales de las normas de la competencia establecidas con anterioridad; en alguno de sus aspectos, actualizó situaciones que en esos momentos eran prácticamente ineficaces y que, en ocasiones, llegaron a constituir inclusive alicientes para el actuar reprochable y anticompetitivo de los empresarios en su competencia, como lo son el caso de las sanciones, esto es, el monto establecido para ellas.

Por lo anterior se afirma que los objetivos que esta actual legislación establece son:

- Actualizar las normas sobre protección a la competencia para adecuarlas a las condiciones actuales de los mercados.
- Optimizar las herramientas para garantizar la protección a la libre competencia económica como deber constitucional.

La Ley diferencia entre la **promoción** de la competencia y la **protección** de la competencia. La autoridad de competencia hace un trabajo de protección o defensa de la competencia. El trabajo de promoción de la competencia lo realiza el regulador. El concepto no es claro e ignora el contenido anterior del concepto de promoción de la competencia. Es evidente que las normas de la libre competencia carecen de precisión y de contenido informativo, ya que esencialmente la actividad en las funciones de la autoridad de competencia básicamente ha girado en torno al tema de los procesos de concentraciones e integraciones empresariales.

En materia de comportamientos anticompetitivos y básicamente en lo que al objeto del presente trabajo se refiere, esto es, los actos restrictivos comerciales, la

autoridad de control no ha dedicado el suficiente esfuerzo a la emisión de directrices, a través de resoluciones que les permitan a las empresas conocer el alcance de lo que está permitido y prohibido dentro del campo competitivo.

La normativa de competencia se aplica a todo aquél que desarrolle una actividad económica en relación con conductas que produzcan efecto en el mercado nacional. El objetivo de la normativa es garantizar el libre acceso de los mercados, el bienestar de los consumidores y la eficiencia del aparato productivo. Las normas del régimen general de competencia se aplican a todas las actividades económicas. Las normas especiales se aplicarán solamente en los temas específicos. Es importante esta precisión porque en la actualidad se considera que las normas del régimen general solamente se aplican a los sectores especiales cuando hay una remisión expresa.

Se nombra a la **Superintendencia de Industria y Comercio** como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. Y para el desarrollo de sus actividades se le otorgan las siguientes facultades: adelantar en forma privativa las investigaciones administrativas, imponer las multas y adoptar las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y de promoción de la competencia.

Igualmente, se le reitera a esta entidad que para un cabal cumplimiento de su función en aras a la protección del fenómeno de la Competencia, se le brindará el apoyo que ésta requiera (apoyo: La SIC contará con el apoyo técnico de las autoridades estatales).

Así mismo la SIC debe rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal con incidencia sobre la libre competencia. La SIC debe también informar sobre investigaciones e integraciones a las autoridades correspondientes, esto es, de aquellos sectores que tienen organismos a los cuales por Ley se les atribuya

las facultades del ejercicio de investigación y sanción por prácticas anticompetitivas.

Entre las novedades que la normatividad en mención ha establecido, se encuentra el aspecto o tema de la delación, esto es, el que otros empresarios informen acerca de comportamientos anticompetitivos de otros empresarios relacionados con su sector o actividad económica, a cambio de algunos beneficios a otorgárseles en la ponderación y aplicación de las correspondientes sanciones.

La experiencia internacional ha demostrado que los sistemas de beneficios por delación pueden ser de gran ayuda en la aplicación de normas de competencia. Esta es una nueva modalidad que han instaurado agencias de competencia a nivel mundial en los últimos 15 años. En Estados Unidos, se inició en 1993; en la Unión Europea, en 2002 y en países de la región (como Chile y México) desde hace tres años. En Panamá tiene apenas 11 meses.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) puede conceder beneficios a las personas que informen sobre la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, aunque ya exista una investigación. Los beneficios para los participantes en la práctica pueden incluir la exoneración total o parcial siempre que no se trate del promotor de la conducta.

Desde los aspectos procesales, básicamente se ha mantenido la estructura enunciada en el capítulo séptimo del presente trabajo:

Reserva de documentos: los investigados pueden pedir la reserva de documentos, caso en el cual deben proveer un resumen no reservado del documento.

Garantías: el ofrecimiento de garantías debe hacerse dentro del término para solicitar y aportar pruebas. En caso de que las garantías no sean suficientes, la SIC puede sugerir las que estime convenientes.

Publicación de actuaciones administrativas

Medidas cautelares

Intervención de terceros: los terceros interesados pueden aportar pruebas e informaciones en las investigaciones. De estas pruebas se debe dar traslado a los investigados.

Actos de trámite: el acto de pruebas tiene recurso.

Saneamiento del procedimiento

Contribución de seguimiento

Notificaciones y comunicaciones

Una de las novedades más importantes es la relacionada con el aspecto de las multas, cuando han de establecerse a un empresario con comportamientos anticompetitivos, cuya consecuencia es la sanción de multa.

En ocasiones en una relación de costo/beneficio, era preferible pagar el valor correspondiente a una multa, en relación a los beneficios económicos obtenidos con los comportamientos anticompetitivos practicados por los empresarios; es decir, a sabiendas de que se estaba realizando una práctica restrictiva de la competencia por parte de un empresario en un sector determinado y que ésta le brindaría grandes beneficios económicos, mientras se investigaba dicho actuar, es

preferible el pago de la multa, la cual ineludiblemente por los montos que traía señalada por la Ley, iban a ser menores en su valor dinerario. Lo anterior significa que las empresas gozarán de importantes ventajas frente a las sanciones y frente a la autoridad de la competencia, ya que ésta en ocasiones no ha contado con la posibilidad de la aplicación de sanciones que permitían reprimir los diferentes comportamientos anticompetitivos de la empresa; a lo anterior, se adicionan dos situaciones colaterales y de estrecha relación:

- los bajos montos de las sanciones (para el año 2009 y según el criterio del salario mínimo legal mensual vigente, la máxima sanción que se podía imponer era de novecientos noventa y cuatro millones de pesos (\$994.000.000)) y,
- la figura procesal del otorgamiento de garantías o acuerdos entre la autoridad de la competencia y las empresas responsables de la comisión del comportamiento anticompetitivo para terminar de forma anticipada la respectiva investigación adelantada por la autoridad, sin asumir ningún tipo de responsabilidad y bajo un compromiso o garantía.

Hoy día, la situación de los montos de las respectivas multas o sanciones pecuniarias fueron aumentados, y más allá, se diferenció entre multas destinadas a castigar utilidades obtenidas por el comportamiento y aquellas multas dirigidas a la persona natural responsables en la comisión del mismo. Con relación a las multas, los criterios de aplicación aún deben ser definidos con precisión para no propiciar un sistema ilegal de multas y sanciones, estableciendo para ello de forma concreta los criterios para determinar el monto y el orden de las sanciones.

Multas: Hasta 100.000 salarios mínimos mensuales (USD \$20MM) o hasta el 150% de la utilidad obtenida por la práctica. La Ley 1340 de 2009 consagra igualmente la posibilidad por parte de la autoridad de la competencia de sancionar por una mayor cuantía cuando la conducta desarrollada por una empresa, en otras

palabras, el comportamiento anticompetitivo le permitió a la misma obtener unos beneficios superiores a la sanción máxima que se le podría imponer:

Multa: hasta el 150% de la utilidad obtenida.

Hasta 2.000 salarios mínimos mensuales para los administradores. Con relación a este último aspecto, la SIC debe tener muy presente en la determinación de las sanciones a imponer a los mismos, aquellas situaciones que permitan identificar la relación entre beneficios o complementos salariales (bonos, generados por los resultados económicos de las empresas y que no se incluyeron en la penalización).

Las multas son a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). El hecho de que la SIC sea una entidad con personería jurídica independiente y patrimonio propio, puede generar un incentivo perverso en caso de que deba financiar su actividad con multas.

Los criterios establecidos por la Ley 1340 para imponer las multas son: el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, la dimensión del mercado afectado, el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, el grado de participación del implicado, la conducta procesal de los investigados, la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción y, finalmente, el patrimonio del infractor.

En cuanto a los fenómenos procesales de la prescripción y la caducidad, en sus diferentes modalidades, la Ley consideró lo siguiente:

Prescripción: la competencia para iniciar la investigación prescribe en tres (3) años de la ejecución de la conducta.

Caducidad sancionatoria: cinco (5) años a partir del momento en que se conoció la falta o se inició el procedimiento. En el régimen anterior (Decreto 2153 de 1.992), la facultad para sancionar prácticas contrarias a la libre competencia es de tres (3) años. En materia de prácticas anticompetitivas, este término es corto, porque generalmente las conductas suelen tardar en ser descubiertas y la investigación puede dilatarse fácilmente.

9. CASUÍSTICA REAL PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMERCIALES

Para una mejor comprensión del tema tratado en el presente trabajo y la elaboración de las adecuadas conclusiones, se analizarán diferentes resoluciones emitidas por la autoridad de la competencia, cual es la Superintendencia de Industria y Comercio, en las cuales se investiga la comisión de diferentes conductas comerciales restrictivas de la Competencia, en sus actos de avocación de las mismas, pero de las cuales no hubo sanción definitiva alguna, ya que como se vio en lo concerniente a los aspectos procesales de la normatividad de la competencia, las empresas investigadas pueden obtener la terminación anticipada del proceso en su contra, cuando constituyan garantías suficientes a favor de la autoridad de la competencia y se abstengan de realizar en lo sucesivo dichas conductas.

Con el objetivo de ejemplificar en forma real la descripción de los diferentes comportamientos anticompetitivos (prácticas comerciales restrictivas) presentados por diferentes empresas en diferentes sectores de la economía colombiana, facilitando así un mejor entendimiento de los mismos, nos apoyamos en el presente capítulo en la compilación de las algunas prácticas que aparecen en el trabajo de grado denominado “Las Garantías en el Derecho de la Libre Competencia”, efectuado por estudiantes de la Universidad Pontificia Javeriana en su Facultad de Derecho en el año 2005; reiteramos, solamente se extrae del citado trabajo la compilación que se hizo de las diferentes resoluciones emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SCI) en los citados tópicos de comportamiento anticompetitivo, ya que dicho trabajo enfatizó sobre el tema procesal de las garantías en el derecho de la competencia. La referencia bibliográfica respectiva se hace en debida forma en la parte correspondiente del presente trabajo.

SUPUESTOS RESTRICTIVOS

Resolución No. 4374 Noviembre 25 de 1998.

Acuerdo:

- Negativa a contratar.

Empresas: La Cooperativa de Trabajo Asociado de Especialidades Quirúrgicas del Llano – QUIRURCOOP- y su respectivo representante legal.

En los casos en que se investigue una Cooperativa y su representante, y se sospeche de la autorización, tolerancia o ejecución de éste de la emisión de un veto hacia ciertas empresas, lo cual conlleve a la suspensión de relaciones comerciales con las mismas, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no aceptará garantías si éstas se limitan exclusivamente a restituir las relaciones comerciales con algunas empresas, aun cuando éstas certifiquen este hecho, sino que debe ofrecerse aun más cierta seguridad de que la conducta se modificará y erradicará de manera contundente y definitiva, el comportamiento ilegal.

La Cooperativa de Trabajo Asociado de Especialidades Quirúrgicas del Llano decidió vetar a ciertas empresas, lo que conllevó a la suspensión de relaciones comerciales con las mismas, en retaliación a una política de precios.

La investigación se originó en la presunta negativa a contratar, en tanto que la investigada no pudo demostrar una razón comercial independiente de su intención de monopolizar el mercado, para negarse a contratar con esas empresas.

Es extraño que en esta resolución no se haya concretado ningún ofrecimiento sobre la suspensión del comportamiento de la investigada, con el fin de despojarse del elemento anticompetitivo.

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no estableció la constitución de una póliza ni la observancia de un esquema de seguimiento por parte del agente investigado, lo que resulta extraño, dado que en la mayoría de las resoluciones del tema que estamos tratando, se emplean estas herramientas como seguridad de que el mercado se va a ver librado de comportamientos anticompetitivos. Por lo anterior, la SIC no tiene una seguridad que justifique terminar la investigación, pues no existe certeza de que se erradicará de forma permanente el comportamiento ilegal de negativa a contratar.

Resolución No. 15645 Mayo 10 de 2001

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios
- Repartición de mercados
- Discriminación
- Cuotas de producción

Empresas: Unión de Arroceros S.A., Alfredo Murra y Cía. Ltda., Molinos Roa S.A., Molino Florhuila S.A. y Procesadora de Arroz Ltda. Y sus respectivos representantes legales.

En los casos en que se acuse a una empresa y a su representante legal de la fijación de precios, acuerdos discriminatorios, la repartición de mercados, la asignación de cuotas de producción y la autorización, ejecución o tolerancia, siempre que se ofrezcan como garantías, la aceptación de la conducta y su suspensión, a través de una fijación de precios y de zonas de compra, basada en parámetros objetivos, se estipule un esquema de seguimiento que permita supervisar lo anterior y se ofrezcan pólizas de cumplimiento por parte de la sociedad acusada, por un valor igual al 99,65% del valor máximo de la sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, con vigencia

de un (1) año, prorrogable por un periodo igual, a criterio de la SIC (a partir de 2003 no es necesario aceptar la realización de la conducta).

Mediante esta resolución, se decidió sobre la terminación de una investigación que se había iniciado contra las empresas y sus respectivos representantes legales, por la suscripción de un acuerdo que asignaba cuotas de producción de arroz y de suministro del mismo.

Lo curioso de esta decisión es que al referirse a la constitución de pólizas de cumplimiento, sólo menciona a las personas jurídicas en cuestión. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no aclara por qué el representante legal no debe constituir una póliza, a diferencia de otras resoluciones en las que sí tiene que constituirla. Lo anterior refleja la discrecionalidad de la decisión tomada por el Superintendente. Las sociedades involucradas aceptaron los supuestos de hecho que dieron origen a la investigación y su ofrecimiento principal fue la suspensión de la conducta, siendo entonces una garantía de comportamiento que se limitaba a cumplir la Ley.

En este caso, también se estipuló un esquema de seguimiento sin término definido, y se impuso como monto de la póliza el equivalente al 99.65 % del máximo de la sanción que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), cifra bastante exacta que carece de motivación por parte de la SIC. Nos encontramos ante un caso más en el que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) acepta garantías, sin dar mayor motivación al respecto, por lo menos en lo que al caso particular se refiere.

Resolución No. 22514 Julio 10 de 2001.

Acuerdo:

- Colusión.

Empresas: Datacol S.A. en liquidación.

En los eventos en que se investigue una empresa (en estado de liquidación) por realizar acuerdos contrarios a la libre competencia, más específicamente aquellos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas, las empresas investigadas podrán lograr la terminación de dicha investigación, siempre que usen la figura del ofrecimiento de garantías, en el cual dicho ofrecimiento conste de varias partes o puntos: reconocimiento de los hechos por los cuales se inició la investigación, compromiso de modificación de la conducta; otorgar garantía, para este supuesto de acuerdo restrictivo de la competencia, la empresa deberá constituir una póliza de cumplimiento a favor de la entidad, equivalente al 10% de la sanción máxima que puede imponer la superintendencia y que garantice los compromisos adquiridos; la vigencia de la póliza debe ser por un año y, por último, realizar un esquema de seguimiento que busca mantener informada a la Superintendencia acerca del proceso de liquidación, en esta medida se deberán enviar balance generales e inventarios, estado del proceso y una vez en firme la liquidación, la respectiva escritura pública.

Por medio de esta resolución, cesó la investigación a una empresa en estado de liquidación, que infringió las normas de competencia, por realizar acuerdos que tenían por objeto la colusión en licitaciones públicas.

Cuando la SIC abrió la investigación, la empresa ofreció garantías, para lo cual fue indispensable que aceptara los supuestos de hecho por los que se originó dicha investigación. Esta garantía suponía suspender inmediatamente la conducta y constituir una póliza de cumplimiento a favor de la SIC, equivalente al 10% de la sanción máxima que puede imponer, para garantizar así el cumplimiento de los compromisos adquiridos. Es evidente que estamos frente a una garantía de

comportamiento, cuyo objeto principal consiste en cumplir la Ley. Además, la póliza de cumplimiento tiene un porcentaje muy bajo y la SIC no argumenta por qué acepta las garantías.

Igualmente, la empresa involucrada debe cumplir con un esquema de seguimiento que busca mantener informada a la SIC acerca del proceso de liquidación, enviando balances generales e inventarios, estado del proceso y una vez en firme la liquidación, la respectiva escritura pública. Este esquema de seguimiento es bastante completo, porque le permite a la SIC verificar realmente que se cumpla lo prometido.

Resolución No. 38467 Noviembre 26 de 2001

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios
- Repartición de mercados
- Discriminación
- Cuotas de producción.
- Ventas atadas.
- Obstrucción

Empresas: Ingenio Central Castilla S.A., Ingenio la Cabaña S.A., Ingenio Risaralda S.A., Manuelita S.A., Central Tumaco S.A., Ingenio Riopaila S.A., Ingenio Pichichí S.A., Ingenio Providencia S.A., Ingenio San Carlos S.A., Incauca S.A., Mayagüez S.A. y Dicsa S.A., y sus respectivos representantes legales.

En los casos en que se acuse a una empresa productora y a su representante legal de la fijación de precios, la repartición de mercados, las ventas atadas, la obstrucción de los canales de comercialización y la autorización, ejecución o tolerancia, siempre que se ofrezcan como garantías la aceptación de la conducta y

su suspensión, a través de una fijación de precios y de canales de comercialización basada en parámetros objetivos, se estipule un esquema de seguimiento, por el término de dos (2) años, que permita supervisar lo anterior y se ofrezcan pólizas de cumplimiento por parte de la sociedad acusada, como de sus representantes, por un valor igual al **70%** del valor máximo de la sanción contenida en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, con vigencia de un (1) año, prorrogable por un periodo igual, a criterio de la SIC (a partir de 2003 no es necesario aceptar la realización de la conducta).

En los casos en que se acuse a un distribuidor o comercializador y a su representante legal de la fijación de precios, la repartición de mercados, las ventas atadas, la obstrucción de los canales de comercialización y la autorización, ejecución o tolerancia, siempre que se ofrezca como garantías, la aceptación de la conducta y suspensión, a través de una fijación de precios y de canales de comercialización basada en parámetros objetivos, se estipule un esquema de seguimiento, por el término de dos (2) años, que permita supervisar lo anterior y se ofrezcan pólizas de cumplimiento por parte de la sociedad acusada, como de sus representantes, por un valor igual al **70%** del valor máximo de la sanción contenida en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, con vigencia de un (1) año, prorrogable por un periodo igual, a criterio de la SIC (a partir de 2003 no es necesario aceptar la realización de la conducta).

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) abrió investigación contra los ingenios azucareros por la obstrucción de acceso a los canales de comercialización. Los investigados aceptaron los supuestos de hecho y ofrecieron garantías que se basaron en la suspensión de la conducta, lo que se concretaría a través de una fijación de canales de comercialización basada en parámetros objetivos. La garantía ofrecida es de conducta y consiste en cumplir la Ley.

Al igual que en las demás resoluciones, se estipuló un esquema de seguimiento por un término de dos años para que la SIC pudiera comprobar que la garantía ofrecida realmente se cumplía. También se estableció la constitución de unas pólizas de cumplimiento, que se harían efectivas en caso de que las empresas investigadas incurrieran nuevamente en la conducta anticompetitiva. El monto de la póliza es el equivalente al 70% de la máxima sanción y tanto la sociedad acusada como su representante legal, debían tomarla por el término de un año, prorrogable por otro más.

Es importante anotar que esta resolución es la única sobre el tema, y por lo tanto no tiene un punto de comparación. Sin embargo, si se mira dentro del conjunto de las resoluciones proferidas por la SIC para la terminación anticipada de las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, es posible observar que es bastante similar.

A pesar de ser una decisión discrecional de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), no es claro por qué el monto de constitución de la póliza es del 70% y no otro, ni por qué es el mismo para la sociedad y para el representante legal.

Sería necesario observar si en futuras resoluciones sobre el tema, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) continúa decidiendo de la misma manera o si dentro de su evolución cambia su forma de aceptar garantías al respecto, explicando el por qué de su decisión.

Resolución No. 3351 Febrero 12 de 2003.

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios

- Discriminación
- Repartición de mercados
- Asignación de cuotas

Empresas: Federación Nacional de Cafeteros.

En los casos en que una federación o gremio se encuentre en circunstancias configurativas de conductas contrarias a la libre competencia contempladas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esto es la prohibición general de acuerdos contrarios a la libre competencia; en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es fijación directa o indirecta de precios, determinación de condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, repartición de mercados y asignación de cuotas; así como en el numeral 5 del artículo 50 del mismo decreto, esto es abuso de posición dominante, solo podrá obtener el cierre de la investigación que se haya abierto en su contra, gracias al mecanismo del ofrecimiento de garantías, siempre que dicho ofrecimiento contenga los siguientes puntos:

Reconocimiento de los hechos por los cuales se inició la investigación, compromiso de modificación de la conducta, lo cual implica no volver a realizar acuerdos en el que directa o indirectamente se establezcan porcentajes o cuotas de exportación, así como permitir el libre acceso y permanencia en el mercado a aquellos que cumplan con los requerimientos de calidad establecidos.

Así mismo, deberá la federación o gremio constituir una póliza que corresponda al 50% de la máxima sanción que puede imponer el superintendente a las empresas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, lo cual para el año 2003 equivale a \$332.000.000, con vigencia de un año prorrogable por otro año más a criterio de la entidad y finalmente se debe elaborar un esquema de seguimiento que busca ofrecer

seguridad a la entidad de que las conductas que se investigaron no van a volver a suceder y que la empresa o federación pondrá a disposición todos los papeles o informes necesarios para la tranquilidad de la Superintendencia.

En esta resolución se aceptó el ofrecimiento de garantías y se puso fin a la investigación iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en contra de la Federación Nacional de Cafeteros y su respectivo representante legal, por la realización de prácticas anticompetitivas como la fijación de precios. El ofrecimiento incluyó, de manera general, el reconocimiento de los hechos por los cuales se inició la investigación, el compromiso de modificar la conducta, la elaboración de un esquema de seguimiento de lo prometido, por un término de dos (2) años para cada uno de los investigados, y la constitución de una póliza de seguros. En este caso, las pólizas ofrecidas y aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) correspondieron al 50% de la máxima sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 para cada una de las personas jurídicas involucradas en la investigación, y en el mismo porcentaje para su representante legal.

En este caso, la SIC se ocupó de determinar la forma en que debían cumplir los representantes legales su compromiso, derivado de su responsabilidad, pues al igual que a las personas jurídicas les impuso la obligación de constituir pólizas de cumplimiento y determinó en qué porcentaje. Por esta razón, consideramos como un vacío que la responsabilidad del representante legal se omita en otras resoluciones, pues constituye un aspecto de suma importancia.

Nuevamente, estamos frente a un caso en el que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) decidió perdonar a los infractores del régimen de promoción de la competencia y les dio una segunda oportunidad para acogerse a la Ley, si se tiene en cuenta que los investigados aceptaron la comisión de los hechos por los cuales habían sido vinculados y reconocieron su infracción.

Las garantías ofrecidas fueron, al igual que en la mayoría de los casos ya analizados, de comportamiento puesto que no implicaron para la entidad modificación alguna de su estructura o funcionamiento. Fueron simplemente el compromiso de actuar conforme a lo dispuesto por la legislación sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Resolución No. 9500 Abril 3 de 2003.

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios
- Repartición de mercados
- Discriminación
- Cuotas de producción

Empresas: Asoexport.

En el evento en que un gremio o federación de productores, incurra en alguna de las conductas contrarias a la libre competencia como fijación directa o indirecta de precios, determinación de condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, repartición de mercados y asignación de cuotas, así como acuerdos exclusivos de suministro con compradores que generen una limitación al libre acceso y comercialización del producto, o adicionalmente hagan uso abusivo de su posición dominante, será posible una terminación de la investigación, que se haya iniciado en su contra, si se utiliza la figura del ofrecimiento de garantías en el que se planteen los siguientes puntos y compromisos: reconocimiento de los hechos por los cuales se inició la conducta, compromiso de modificación de la conducta.

Con respecto a las garantías, se deberá constituir una póliza a favor de la entidad, por parte tanto de la federación, asociación o gremio, como por parte del representante legal, por un monto que equivale al 50% de la máxima sanción que puede imponer el superintendente para cada uno de ellos. (Año 2003 equivale para la asociación a \$332.000.000 y para el representante legal a \$49.800.000). Las pólizas deben tener vigencia de un año, prorrogable por otro más a criterio de la entidad. Por último, se deberá elaborar un esquema de seguimiento que deberá ser por dos años y contener el compromiso de remitir trimestralmente un informe acerca de la evolución y comportamiento del mercado, adicionalmente se deberá entregar copia de las actas de la junta directiva de la entidad y, por último, poner en conocimiento de la Superintendencia cualquier conducta que coincida en sus elementos normativos o fácticos con los hechos materia de esta investigación.

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios.
- Repartición de mercados
- Cuotas de producción

Resolución No.02086 Febrero 4 de 2005

Empresas: Agafano Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. (AGAFANO), Oxígenos de Colombia LTDA. (OXICOL) y Gases Industriales de Colombia S.A. (CRYOGAS). Siempre que diferentes empresas, que se dediquen a una misma actividad económica, estén llevando a cabo prácticas tendientes a la manipulación de cuotas de producción o suministro, la SIC clausurará definitivamente la investigación y admitirá garantías, siempre y cuando éstas consistan en el compromiso de que el comportamiento que dio origen a la investigación cesará en forma definitiva, la conformación de un comité interno de seguimiento de las

garantías ofrecidas por el término de tres (3) años y la constitución de dos (2) pólizas de cumplimiento con vigencia de un (1) año, prorrogable hasta por dos años más a criterio de la SIC; una por el 100% de la sanción máxima aplicable por la SIC a las personas jurídicas en el evento de ser sancionadas y otra por el 100% de la sanción máxima que esta entidad le puede imponer a los representantes legales. (Las investigadas no tuvieron que aceptar la comisión de las conductas).

La SIC abrió investigación en contra de las empresas Agafano Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. (AGAFANO), Oxígenos de Colombia LTDA. (OXICOL) y Gases Industriales de Colombia S.A. (CRYOGAS) y sus representantes legales por la probable fijación de precios, entre otras conductas.

Se estableció, por parte de la SIC, que la clausura definitiva de la investigación era posible en este caso como consecuencia del ofrecimiento hecho por las investigadas de abstenerse de continuar realizando tales conductas. En adelante, todas las decisiones de las empresas en cuestión respecto de la fijación de precios, debieron ser tomadas de manera independiente.

Como garantías del cumplimiento de este compromiso cada una de las empresas investigadas ofreció conformar un comité interno de seguimiento por el término de tres (3) años, y la constitución de dos pólizas de cumplimiento. Una por el 100% de la sanción máxima contemplada en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 para las personas jurídicas, y otra por el 100% de la sanción máxima que la SIC le puede imponer al representante legal de cada una.

Estas garantías fueron aceptadas por la Superintendencia y constituyen hasta este punto del análisis las más altas, en su conjunto, impuestas por la SIC, no sólo por el monto de las pólizas sino también por el término del esquema de seguimiento.

Es importante anotar que la motivación de la SIC, en este caso, no contenía diferencias sustanciales respecto de las resoluciones anteriores, que permitiera establecer el por qué de una exigencia tan alta.

En este caso particular, la resolución no hizo referencia al deber de las investigadas de aceptar las conductas por las cuales se les investigó, por lo que no hubo una manifestación al respecto. Por lo tanto, en este caso no se trató de un perdón, siendo efectivamente una negociación entre la SIC y las investigadas para evitar adentrarse en un proceso largo, dispendioso y que podría acarrear una sanción bastante costosa, la cual podría evitarse si las empresas involucradas en la investigación cumplieran sus compromisos.

Acuerdo:

- Negativa a contratar.
- Discriminación
- Ventas atadas.
- Obstrucción.

Resolución No. 13466 Junio 23 de 2004

Empresas: Almacenes Éxito S.A., Grandes Superficies de Colombia S.A., Carrefour, Carulla Vivero S.A. y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y sus respectivos representantes legales.

En los casos en que se acuse a una empresa y a su representante legal de la negativa de contratar, el abuso de la posición dominante a través de la obstrucción de los canales de comercialización, la discriminación a proveedores y las ventas atadas y de la autorización, ejecución o tolerancia, siempre que se ofrezcan como garantías la suspensión de la conducta, a través de una relación con los proveedores basada en parámetros objetivos, se estipule un esquema de seguimiento, por el término de tres (3) años, que permita supervisar lo anterior y se ofrezcan pólizas de cumplimiento por parte de la sociedad acusada, como de sus representantes, por un valor igual al 100% del valor máximo de la sanción

contenida en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, con vigencia de un (1) año, prorrogable por dos (2) años más, a criterio de la SIC.

Almacenes Éxito S.A., Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour, Carulla Vivero S.A. y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A., incurrieron en la utilización de medios coercitivos para limitar la comercialización de determinados productos, con el fin de que sus proveedores accedieran a las condiciones desfavorables de contratación que pretendían imponer.

Existen quienes consideran que la negativa unilateral a contratar, es lícita en Colombia, siempre que exista una justificación objetiva. Sin embargo, en este caso la SIC acepta las garantías ofrecidas, ya que los investigados estaban incurriendo en un acto anticompetitivo, al negarse de manera injustificada a contratar con ciertos proveedores.

Es preciso señalar que en este caso, los supermercados no aceptaron la comisión de las conductas, pero ofrecieron como garantías la creación de un manual que regiría las relaciones comerciales con sus proveedores, lo cual constituye una garantía de comportamiento. De igual forma y dando cumplimiento a lo ofrecido, las empresas investigadas manifestaron su intención de adherirse al *“Acuerdo unificado sobre buenas prácticas industriales, comerciales y defensa del consumidor”*, suscrito entre ANDI, FENALCO y ACOPI.

Como garantía al cumplimiento de los anteriores compromisos, ofrecieron el otorgamiento de una póliza de cumplimiento por un valor igual al 80% de la máxima sanción, por el término de un año que cubriría al respectivo representante legal. Sin embargo, la SIC señaló que cada una de las empresas debería constituir dos pólizas de cumplimiento, equivalentes al 100% de la máxima sanción que el Superintendente puede imponer, una para la persona jurídica y otra para el representante legal.

Es preciso mencionar que, en esta resolución, la SIC exige la implementación de un estricto esquema de seguimiento, al señalar que los supermercados deberán realizar un envío de los documentos que soporten las relaciones con sus proveedores, por un término de tres (3) años.

Vemos por parte de la SIC, una actitud bastante previsiva, ya que aumentó el valor de la póliza de cumplimiento y su término de vigencia, así como el periodo del esquema de seguimiento, pues, para el presente caso, se hace necesaria una prórroga de dos años, a criterio de la entidad, y una supervisión más amplia para verificar el cumplimiento de los compromisos.

Debido a las escasas resoluciones en las que se ofrecen garantías por conductas relacionadas con la negativa a contratar, resulta difícil poder establecer los criterios específicos que llevaron a la SIC a decidir en la forma en que lo hizo. Las decisiones sobre ofrecimiento de garantías por la realización de actos relacionados con la negativa a contratar, contienen las mismas consideraciones generales presentes en las resoluciones referentes a las demás prácticas restrictivas de la competencia.

Acuerdo:

- Acuerdo de precios.

Resolución No. 3927 Febrero 26 de 2004

Empresas: Pavco S.A. y Ralco S.A.

En los casos en que se inicie una investigación contra dos o más sociedades y sus respectivos representantes legales por autorización, tolerancia o ejecución de un presunto acuerdo en la fijación de precios, se aceptarán garantías siempre y

cuando las empresas investigadas se comprometían a fijar los precios bajo unos parámetros que garanticen la objetividad en la determinación de los mismos, se cumpla con un esquema de seguimiento por un término de dos años que permita supervisar lo anterior, y se constituya una póliza de cumplimiento por parte de las empresas investigadas por un valor equivalente al 70% de la sanción máxima que puede imponer el Superintendente de Industria y Comercio por infracción a las normas sobre prácticas restrictivas y competencia desleal, con vigencia de un año prorrogable por un año más.

Las empresas estaban siendo investigadas por fijación horizontal de precios. En esta resolución, las empresas investigadas no aceptaron la comisión de las conductas, sino que simplemente se comprometieron a no fijar precios, lo cual se garantizó mediante la obtención de parámetros objetivos de conducta, un esquema de seguimiento y una póliza de cumplimiento.

Se puede decir entonces que en el presente caso no se trató de un perdón y olvido por parte de la SIC, como en los casos que se presentaron años atrás, sino que se trató efectivamente de una negociación entre las investigadas y la SIC, cuyo objeto principal fue la suspensión de la investigación a cambio de que se comprometieran a cumplir lo dispuesto por el Decreto 2153 de 1992 con respecto a la fijación de precios, es decir que al igual que en los demás casos, se trató de una garantía de cumplimiento de la norma que prohibía fijar precios.

La póliza ofrecida por las investigadas no fue considerada suficiente por la SIC, por lo cual se aceptaron garantías bajo el entendido que se aumentara la póliza de cumplimiento a un 70% de la máxima sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, vigente por un (1) año prorrogable por otro más. Con todo y que la SIC ordenó un aumento de la póliza, ésta no constituyó la más alta que ha impuesto.

De nuevo, la SIC hizo referencia a la relevancia de la participación de los representantes legales en la comisión de las conductas investigadas pero omitió determinar su participación en la constitución de la póliza.

Así las cosas, esta resolución, al igual que muchas otras, aceptó el ofrecimiento sin consagrar una efectiva garantía del sometimiento a la Ley por parte de las personas naturales involucradas en la investigación.

Acuerdo:

- Discriminación.

Resolución No. 14886 Junio 29 de 2004

Empresas: Almacenes Éxito S.A. y su representante legal.

Cuando se hayan creado barreras de acceso al mercado por parte de una cadena de almacenes a los operadores, en el servicio de impulso y mercadeo en los puntos de venta, se aceptarán garantías siempre y cuando se suspenda la conducta y dicho acceso se determine por aspectos objetivos y no haya ninguna intermediación que incida en el valor que deben sufragar los proveedores por la prestación de ese servicio.

La investigación también se abre para el representante legal, pero solo se sanciona a Almacenes Éxito, quien debe ampliar la póliza ofrecida. En este caso, se garantiza con el Manual de Proveedores suministrado por el investigado. La empresa investigada no acepta que cometió la conducta, sino que simplemente se compromete a suspender los hechos que dieron origen a la investigación.

Nuevamente estamos en presencia de un supermercado, razón por la cual la póliza exigida y el término de vigencia de ésta son muy altos. La empresa investigada se compromete a someterse a unas condiciones que garantizaran la

objetividad en el trato con sus proveedores, desapareciendo así el elemento que podría constituir barreras de acceso a los mercados, a llevar un esquema de seguimiento por un término de tres años y a constituir una póliza equivalente al 100% de la sanción máxima que puede imponerles la SIC, con vigencia de un año prorrogable por dos años más, póliza que también deberá ser constituida por su representante legal.

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios
- Discriminación
- Repartición de mercados
- Asignación de cuotas

Resolución No. 3351 Febrero 12 de 2003.

Empresas: Federación Nacional de Cafeteros.

En los casos en que una federación o gremio se encuentre en circunstancias configurativas de conductas contrarias a la libre competencia contempladas en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, esto es la prohibición general de acuerdos contrarios a la libre competencia; en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, es decir, fijación directa o indirecta de precios, determinación de condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, repartición de mercados y asignación de cuotas; así como en el numeral 5 del artículo 50 del mismo decreto, esto es abuso de posición dominante, solo podrá obtener el cierre de la investigación que se haya abierto en su contra, gracias al mecanismo del ofrecimiento de garantías, siempre que dicho ofrecimiento contenga los siguientes puntos:

Reconocimiento de los hechos por los cuales se inició la investigación, compromiso de modificación de la conducta, lo cual implica no volver a realizar acuerdos en el que directa o indirectamente se establezcan porcentajes o cuotas de exportación, así como permitir el libre acceso y permanencia en el mercado a aquellos que cumplan con los requerimientos de calidad establecidos.

Así mismo, deberá la federación o gremio constituir una póliza que corresponda al 50% de la máxima sanción que puede imponer el superintendente a las empresas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, lo cual para el año 2003 equivale a \$332.000.000, con vigencia de un año prorrogable por otro año más a criterio de la entidad y finalmente se debe elaborar un esquema de seguimiento que busca ofrecer seguridad a la entidad de que las conductas que se investigaron no van a volver a suceder y que la empresa o federación pondrá a disposición todos los papeles o informes necesarios para la tranquilidad de la Superintendencia.

En esta resolución se aceptó el ofrecimiento de garantías y se puso fin a la investigación iniciada por la SIC en contra de la Federación Nacional de Cafeteros y su respectivo representante legal, por la realización de prácticas anticompetitivas como la fijación de precios.

El ofrecimiento incluyó, de manera general, el reconocimiento de los hechos por los cuales se inició la investigación, el compromiso de modificar la conducta, la elaboración de un esquema de seguimiento de lo prometido, por un término de dos (2) años para cada uno de los investigados, y la constitución de una póliza de seguros. En este caso, las pólizas ofrecidas y aceptadas por la SIC correspondieron al 50% de la máxima sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 para cada una de las personas jurídicas involucradas en la investigación, y en el mismo porcentaje para su representante legal.

En este caso, la SIC se ocupó de determinar la forma en que debían cumplir los representantes legales su compromiso, derivado de su responsabilidad, pues al igual que a las personas jurídicas les impuso la obligación de constituir pólizas de cumplimiento y determinó en qué porcentaje. Por esta razón, consideramos como un vacío que la responsabilidad del representante legal se omita en otras resoluciones, pues constituye un aspecto de suma importancia.

Nuevamente, estamos frente a un caso en el que la SIC decidió perdonar a los infractores del régimen de promoción de la competencia y les dio una segunda oportunidad para acogerse a la ley, si se tiene en cuenta que los investigados aceptaron la comisión de los hechos por los cuales habían sido vinculados y reconocieron su infracción.

Las garantías ofrecidas fueron, al igual que en la mayoría de los casos ya analizados, de comportamiento puesto que no implicaron para la entidad modificación alguna de su estructura o funcionamiento. Fueron simplemente el compromiso de actuar conforme a lo dispuesto por la legislación sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Acuerdo:

- Fijación directa o indirecta de precios

Resolución No. 6817 Marzo 31 de 2005.

Empresas: REDEBAN MULTICOLOR S.A. – REDEBAN- y la ASOCIACIÓN DE BANCOS QUE PRESTAN EL SERVICIO DE CREDIBANCO – y sus respectivos representantes legales.

En los casos en que se investiguen dos ó mas sociedades con activos individualmente considerados, superiores a veinte millones de pesos (\$20'000.000), y sus representantes, de quienes se sospeche autorizaron, toleraron o ejecutaron la realización de operaciones cuyo fin sea fusionarse, consolidares o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración, sin avisar respecto de las mismas a la Superintendencia de Industria y comercio, violando las normas sobre libre competencia, se aceptarán garantías siempre y cuando éstas estén compuestas por:

- Por parte de la Red que presta el servicio a los bancos, establecimiento de criterios objetivos, de contenido público, que permitan determinar sus tarifas interbancarias de intercambio.

- Por parte de los administradores de las redes, la obligación de hacer cumplir los compromisos adquiridos por las redes.

- Por parte de los bancos asociados a la red, el sometimiento a criterios objetivos de los valores cobrados por concepto de comisión por el servicio de adquirencia.

A su vez, los compromisos antes mencionados deberán estar acompañados de un esquema de seguimiento que permita supervisar su cumplimiento por un término de 3 años.

Y también deberá constituirse una póliza de cumplimiento, que ampare el cumplimiento de las obligaciones contraídas respecto de la red que presta el servicio por valor equivalente al 100% de la sanción máxima legal que pueda imponer la SIC, a su vez, que ampare el cumplimiento de las obligaciones contraídas por parte del administrador de la red que presta el servicio, por un valor equivalente al 14,94% de la sanción máxima legal que puede imponer la SIC

correspondientes al año del ofrecimiento, y también se deberá amparar, a través de dicha póliza, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los bancos asociados a la red prestadora del servicio, por valor equivalente al 100% de la máxima sanción que puede imponer la SIC.

Esta resolución hizo referencia a los acuerdos de fijación de precios celebrados entre entidades dedicadas a la función de redes para actividades de transferencias financieras.

Las entidades involucradas se comprometieron al cese de la realización de tales conductas y, además de algunos compromisos específicos, ofrecieron como garantía la implementación de un esquema de seguimiento por un término de tres (3) años y la constitución de pólizas de cumplimiento. La constitución de dichas pólizas se estableció en un 100% de la máxima sanción aplicable por la SIC en los casos de condena a personas jurídicas por la realización de prácticas comerciales restrictivas, no solo para la red que presta el servicio de transferencias, sino también para los bancos asociados a dicha red. Además, se estableció la obligación para los representantes legales de constituir pólizas de cumplimiento, dada su participación en las prácticas restrictivas de la competencia.

Es importante tener en cuenta que, en los dos últimos casos analizados, la exigencia en la constitución de las pólizas fue la más alta y que en ninguna de las dos empresas o sociedades investigadas tuvieron que aceptar la comisión de las conductas anticompetitivas. El ofrecimiento de estas garantías no constituyó, por lo tanto, un perdón por parte de la entidad sino una negociación entre la SIC y las investigadas, tal y como se mencionó anteriormente.

Debe tenerse en cuenta que el acuerdo de precios, ya sea horizontal o vertical, es una de las conductas más investigadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual muchos de los casos en los que la SIC ha otorgado

garantías son por la realización de esta conducta. Aun así y con la cantidad de decisiones al respecto, es muy difícil determinar por qué en algunos casos la exigencia en cuanto a la constitución de la póliza de cumplimiento es mayor que en otros, en la medida en que, como se determinó en el análisis precedente, las motivaciones que da la SIC en sus decisiones son por lo general iguales. Como puede observarse en este análisis, fueron mayores los casos en los que la Superintendencia aceptó el ofrecimiento sin realizar mayores exigencias, que aquellos en los que solicitó la constitución de una póliza por un monto superior al ofrecido, pero la SIC no aclaró las razones por las cuales adoptó este tipo de decisiones.

En un comienzo, y como se puede observar en el análisis anterior, para la SIC no era tan importante la constitución de una póliza de cumplimiento como sí lo era el que las investigadas se comprometieran a cumplir la Ley que, en un principio, incumplieron.

Posteriormente, alrededor del año 2000, al empezar a exigir la constitución de dicha póliza, la SIC se conformó con los ofrecimientos realizados, los cuales eran bastante altos, llegando incluso a representar el 100% de la máxima sanción contenida en el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.

Más tarde, y a pesar de aceptar pólizas por valores inferiores a los de años anteriores, la SIC se mostró más exigente en el momento de realizar la aceptación de las garantías solicitando mayores cuantías que las inicialmente ofrecidas por los investigados. Por su parte, las resoluciones más recientes muestran una tendencia a aumentar nuevamente los porcentajes de constitución de las pólizas, siendo los de los últimos años los más altos no sólo para las personas jurídicas, sino también para las personas naturales. Sin embargo, y como se dijo anteriormente, no existen razones claras en las resoluciones que permitan

determinar cuál es efectivamente el elemento que motiva a la SIC para adoptar estos cambios.

De la misma manera, no es claro por qué en algunas resoluciones la SIC no se pronunció acerca de la responsabilidad de los representantes legales y en otras, a pesar de hacerlo, omitió exigirles a estas personas la constitución de pólizas de cumplimiento. Esto si se tiene en cuenta que en diversos pronunciamientos la SIC ha establecido que *“Como resultado del ejercicio de la representación legal, se infiere que quienes ostentan dicha calidad en las empresas involucradas, habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado las conductas”*.

Es claro que las decisiones de la SIC son discrecionales, pero la omisión de puntos como éste implica impunidad en cuanto a la actuación de los representantes legales se refiere.

10. CONCLUSIONES

La elaboración del presente trabajo y el análisis desde la perspectiva gerencial y de mercadeo, de aquellas conductas que la Ley ha considerado como Prácticas Restrictivas Comerciales y, por ende, ilegales en su realización por parte de los empresarios en el ejercicio de la obtención de su competitividad, ha permitido la extracción de las siguientes conclusiones:

1) Cuando se toman decisiones para fijar los precios de los productos y/o servicios que van a ser ofrecidos por las empresas en sus diferentes mercados, para que éstas tengan éxito deben tener en cuenta no sólo lo que es rentable desde lo financiero, sino lo que va a ser percibido como legal y ético.

Lo anterior se dificulta porque no siempre las empresas disponen de buenas asesorías sobre las anteriores cuestiones: los profesionales del Derecho que no estén especializados en las legislaciones de la Competencia y/o Antimonopolios tienden a ser demasiado conservadores, desaconsejando actividades que sólo son ostensiblemente ilegales en ocasiones o que podrían provocar una investigación por parte de las diferentes autoridades de la competencia. De hecho, los cambios benignos de las políticas cuestionables de fijación de precios suelen ser necesarios para que sean tanto rentables como defendibles.

Por otra parte, los profesionales de la Administración y del Mercadeo, sin la vocación legal que se necesita y que, por tanto, no suelen tener en la lógica normal de sus disciplinas, son ansiosos por conseguir sus objetivos comerciales a corto plazo y donde usualmente no tendrán en cuenta las restricciones legales que la Ley impone para garantizar el comportamiento normal de los mercados, lo que ocasionará la imposición de sentencias y sanciones (costosas y no costosas), si sus empresas son sometidas a juicios por parte de las autoridades y de la opinión pública (consumidores).

2) Es evidente que las empresas, en sus esfuerzos por reducir o evitar los riesgos del mercado, llevan mucho tiempo interesadas en fijar precios en colaboración con los competidores o en dictar o influir sobre los precios que cobran los intermediarios en sus diferentes relaciones (distribuidores, concesionarios, mayoristas y minoristas).

3) Las políticas de fijación de precios se utilizan de forma generalizada o selectiva para abarcar todo, desde un único producto hasta toda la línea de productos del proveedor. De forma similar, se pueden utilizar en ciertas áreas geográficas y con determinados canales de distribución en los que la erosión de precios constituye un problema.

En cualquier caso, la violación de la política de precios suele exigir que el proveedor deje de vender los productos en cuestión a los minoristas que no cumplan sus políticas; sin embargo, está permitido retirar toda la línea de productos o todas las cuentas del proveedor. El proveedor está en su derecho de decidir cuándo va a dejar de ofrecer sus productos, aunque algunos casos sugieren que las advertencias, las amenazas y los períodos de prueba son inaceptables, aparentemente porque respaldan la hipótesis de que se ha alcanzado algún tipo de acuerdo prohibido.

4) No es necesario que se produzcan daños a la competencia para que algunas conductas competitivas sean ilegales; la única defensa real por parte de las empresas que justifican este actuar es el argumento de igualar una oferta de la competencia, ya que de la justificación de los costos y de las condiciones cambiantes son irrelevantes en ocasiones para las autoridades de la competencia.

5) En cuanto a comportamientos anticompetitivos diferentes a la cuestión del establecimiento directo de los precios, pero que en última instancia tendrá repercusiones sobre este aspecto, se encuentra que las empresas practican

básicamente tres tipos de conductas (supuestos fácticos restrictivos): restricciones al cliente (vendedor limitado únicamente a determinados clientes o se le prohíbe que el venda a ciertos clientes; restricciones territoriales (evitar o dificultar que se venda fuera de un área geográfica) y finalmente, restricciones del producto (productos designados, venta exclusiva y vinculación, y obligación de asumir toda una línea de productos).

6) El desarrollo y la puesta en práctica de estrategias y tácticas de fijación de precios que no constituyan infracciones de la Ley es una parte importante de la fijación de precios. Además del riesgo de que el Gobierno emprenda acciones legales, las otras empresas, normalmente sus competidores o algunos de sus clientes, pueden emprender acciones legales contra la empresa responsable del quehacer anticompetitivo.

7) Cuando los objetivos empresariales están claros, esto es, se han analizado respectivamente sus consecuencias legales, las leyes de la competencia ofrecen actualmente bastante flexibilidad para desarrollar estrategias y tácticas alternativas, que normalmente son compatibles con cierto grado de riesgo legal y de relaciones comerciales que las empresas están dispuestas a asumir. Aunque lo más frecuente es que no haya respuestas fáciles, en la mayoría de los casos se puede alcanzar el fin modificando los medios en cierta medida.

8) Los comportamientos que desde el punto de vista del mercadeo, pueden asumir las empresas en el desarrollo de las estrategias y tácticas de fijación de precios y que entren en el marco de la ilegalidad, son los que la Legislación de la Competencia denomina Prácticas Comerciales Restrictivas y que castigan aquellas conductas encaminadas a impedir el libre desarrollo de los mercados, esto es, de la oferta y de la demanda de los diferentes productos y servicios que se ofrecen en el mismo.

9) La Legislación de la Competencia es el instrumento por medio del cual el Estado vigila que las conductas de las empresas participantes en los diferentes mercados, no afecten a los mismos, sin establecer las situaciones particulares que se generen para algunos por esos comportamientos, es decir, se atiende es al interés general del mercado y no al interés de cada empresario individual afectado con una conducta. Lo restrictivo se da como consecuencia de la afectación de un mercado y no como la consecuencia particular de la afectación de un participante de ese mercado.

10) La Superintendencia de Industria y Comercio (SCI), como autoridad única de la competencia, debe asumir un liderazgo más activo en la difusión del conocimiento y de otras directrices de la competencia hacia las empresas, hacia los consumidores y hacia otros entes estatales; y no solamente centrarse puntualmente en temas muy específicos tales como los relacionados con el tema de las integraciones empresariales y los requisitos para su autorización (Resolución 22196 agosto 2006); esto es lo que han denominado la abogacía de la competencia.

11) El hecho de que la autoridad Superintendencia de Industria y Comercio (SCI) fuese designada como autoridad única de la competencia, debe permitir que mediante una interacción basada en conceptos o comunicaciones claras entre ésta y las demás autoridades de competencia (residual o exclusiva) generen un marco normativo propicio para el sistema de competencia colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José. Derecho de los mercados. Esquemas de distribución y normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. Revista Foro del Jurista 2005. No 26. Cámara de Comercio de Medellín, p. 45 – 56.

BARON Barrera, Guillermo Andrés. El Derecho de la competencia en los grupos empresariales. Hacia la autonomía del Estado. Colección Maestrías. Vol.2. 1ª ed. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2.010. p.148

CORTÁZAR, Javier. Hacia un nuevo derecho de la competencia en Colombia. Análisis crítico y prospectiva. Primera edición. Editorial ediciones doctrinas y ley limitada (Ltda.). Bogotá 2003. p. 200.

GULTINAN, Joseph P, GORDON, Paul W. y MADDEN, Thomas J. Gerencia de marketing. Estrategias y programas. Sexta edición. Editorial Mc Graw Hill. Bogotá. p. 192, 225, 238, 241.

HITT, Michael; HOSKISSON, Robert E. y R. Duane Ireland. Administración Estrategia. Competitividad y conceptos de globalización. 3ª edición. Thomson Editores. 2002 p. 170, 185, 192.

KOTLER, Philip y Gary, Armstrong. Fundamentos de mercadotecnia. Cuarta edición. México: Editorial Prentice Hall, 2000. p. 309, 335, 348, 356.

KRUGMAN, Paul. Fundamentos de macroeconomía. Décimo tercera edición. Madrid: Editorial Prentice Hall, 2002. p. 262.

LAMBIN, Jean Jacques. Marketing estratégico. 3ª edición. Madrid: Editorial Mc Graw Hill, 1998. p. 610.

Ley 1340 de julio 24 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

NAGLE T., Thomas y REED K., Holden. Estrategia y tácticas de precios. Guía para tomar decisiones rentables. 3ª edición. Madrid: Editorial Prentice Hall, 2002. p. 280, 298, 397, 409, 410.

PORTER E., Michael. Estrategia competitiva. Técnicas para el análisis de los sectores industriales y de la competencia. Edición revisada. México: Editorial CECSA, 2001. p. 169, 203, 227, 247, 263, 309, 347.

_____. Estrategia competitiva. México: Editorial CECSA, 2003 p. 216 – 223.

SALLENAVE, Jean Paul. Gerencia y planeación estratégica. Segunda edición. Grupo editorial norma. Bogotá 1997. p. 283.

THOMPSON JR., ARTHUR A. y A. J. STRICKLAND III. Administración estratégica. 13ª edición México D.F: Editorial Mc Graw Hill, 2004. p. 447.

URIBE PIEDRAHITA, Carlos Andrés. Reforma al régimen de libre competencia en Colombia. Perspectivas y retos. Colección Monografías No.4. 1ª edición. Editorial Ibáñez, Editorial Desalma y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2.009. p.179

VELANDIA, Mauricio. Derecho de la competencia y del consumo. Edición 19. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia 2008, p. 356.

_____. Derecho de los mercados. Derecho de la competencia, régimen principal dentro de las prestaciones de distribución. Revista Foro del Jurista. 2005 número 26. Cámara de Comercio de Medellín. p. 241 – 257.

Trabajos de Grado:

ARÉVALO T., María Cecilia; CASTRO C., Carlos Alberto; COVELLI S., Milena y otros. Las garantías del Derecho de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Derecho. Bogotá .2.005