



MEJOR PRECIO. ¿GARANTIZADO?

NATALIA FERNÁNDEZ LÓPEZ*

RESUMEN

Garantizar el precio más bajo del mercado, e igualar las ofertas con los mejores precios, es una conducta que parece ser pro competitiva. Este artículo evoca el refrán popular que indica que, cuando algo parece muy bueno para ser verdad, usualmente lo es. Las prácticas mencionadas no sólo facilitan la coordinación entre competidores, sino que, además, resultan discriminatorias en contra de los consumidores poco informados, y tienden a incrementar los precios en todo el mercado.

Palabras clave: igualar precios; colusión tácita; discriminación por precios; pérdidas de eficiencia.

* Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Especialista en derecho de la competencia y del libre comercio de la misma universidad, mágister (LL.M.MBL) en derecho de la competencia y regulatorio de la Freie Universität Berlin. Actualmente, es Asociada en el área de derecho de la competencia en la firma Posse Herrera Ruiz. Contacto: natalia.fernandez@phrlegal.com

BEST PRICE. GUARANTEED?

ABSTRACT

Claiming to have the lowest price on the market, and matching lower competitors' prices, are conducts that appear to be pro-competitive. This article aims to remind the reader that, when something seems too good to be true, it usually is. Price-matching policies may not only enhance coordination between competing undertakings, but also result in price discrimination, and higher prices throughout the market.

Key words: *price matching; tacit collusion; price discrimination; welfare loss.*

1. INTRODUCCIÓN

Garantizar los precios más bajos del mercado es una política que, a simple vista, parece ser competitiva. Vendedores y productores, a menudo, igualan los precios de sus competidores cuando éstos resultan más bajos que los propios, si los consumidores muestran avisos o cotizaciones de un menor valor que hayan expedido otros agentes del mercado.

Ésta es una política que se usa a menudo en empresas de reservas de vuelos en línea. Muchas de ellas tienen en sus páginas de internet anuncios similares a éste: “*si [...] encuentras una tarifa menor del mismo viaje que reservaste, te reembolsamos o damos crédito por la diferencia y además te damos [...] [un] descuento adicional para tu próximo viaje con nosotros*”.

Las autoridades de competencia rara vez investigan estas conductas. Después de todo, *¿qué puede ser más pro competitivo que garantizar precios bajos, con la promesa de igualar aquellos de los competidores?*

En este artículo se argumentará que, a pesar de engañosas apariencias, garantizar el precio más bajo es una conducta que puede, eventualmente, resultar lesiva para la competencia, en especial en mercados con altos niveles de concentración. Lo anterior se debe a tres motivos:

- a) Esta práctica incrementa la transparencia en el mercado, lo que facilita la colusión entre competidores.
- b) Una compañía podría fácilmente discriminar por precios, cobrando más a compradores mal informados, y garantizando rebajas a aquellos que se informen sobre los precios cobrados por otras empresas.
- c) Garantizar mejores precios puede tener como resultado, contrario a lo que indicaría la lógica, que los precios del mercado aumenten.

A continuación, se explicará cada uno de estos tres motivos.

2. TRANSPARENCIA: UNA HERRAMIENTA PARA LA COLUSIÓN

2.1. LA COLUSIÓN TÁCITA Y LA TRANSPARENCIA

En oligopolios, los comportamientos de cada agente económico afectan, de manera directa, a sus competidores. Si uno de ellos incrementa su producción, los precios de todo el mercado se reducirán, teniendo un efecto perceptible en los precios de las demás empresas¹.

Como resultado de interacciones dinámicas y repetidas por un lapso de tiempo, los competidores en un oligopolio pueden llegar a aprender del comportamiento de sus rivales. Así, las empresas tendrían la posibilidad de acordar implícitamente actuar en conjunto para incrementar sus ganancias².

1 Ardiyok, S., “Comparative Analysis of Collective Dominance” (2006), *Journal of Yeditepe University Faculty of Law*, Vol. 3, No. 1, pg. 5.

2 Niels, G., Jenkins, H. & Kavanagh, J., *Economics for competition lawyers* (2ª edición, Oxford University Press, 2016), pg. 333.

Los agentes que busquen maximizar sus ingresos racional e inteligentemente en un mercado con pocos proveedores, se darán cuenta que cada una de sus acciones tiene efectos considerables en las ganancias de sus rivales, y *vice versa*. Bajo estas circunstancias, es probable que los precios en todo el mercado se mantengan en un nivel supra competitivo, ya que, si cualquiera de los agentes redujere sus precios, las ganancias de todos los demás disminuirían³. De esta manera, a pesar que cada vendedor aparentaría ser independiente, el proceso competitivo se afectaría de la misma manera en que lo haría con un acuerdo explícito entre competidores.

Para que las colusiones tácitas sean económicamente sostenibles, los miembros del oligopolio necesitan:

- a) Que su interacción se prolongue en el tiempo, para que sus comportamientos se puedan alinear⁴.
- b) Tener un mecanismo de retaliación efectivo, para sancionar a aquellos competidores que se desvíen del comportamiento estándar establecido⁵.
- c) Que haya transparencia en el mercado; este último factor permite que desviaciones de la colusión sean detectadas más fácilmente⁶.

Para que la colusión tácita sea una conducta racional y efectiva, sus beneficios han de ser más altos que sus costos⁷. Dos costos

3 Chamberlin, E.H., “*Duopoly: Value where sellers are few*”, en *The Theory of Monopolistic Competition* (Harvard University Press, 1929), como fue citado por la OCDE, en *Policy Roundtables: Oligopoly* (1999), pg. 18.

4 Jones, A. & Sufirin, B., *EU Competition Law* (6ª edición, Oxford University Press, 2016), pg. 654.

5 Niels, Jenkins & Kavanagh, *op. cit. Economics for competition lawyers*, pg. 334.

6 Jones & Sufirin, *op. cit. EU Competition Law*, pg. 654.

7 Posner, R. “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach” [1968] *Stanford Law Review* 21, pg. 1570.

que deben ser especialmente ponderados son los de coordinación y coerción⁸. Para que haya coordinación, es necesario encontrar un precio que favorezca a todos los participantes del acuerdo tácito; para que haya coerción, se debe monitorear a las partes para castigar a aquellas que decidan “*hacer trampa*”⁹.

Las políticas de garantizar precios bajos pueden reducir los costos de coerción, por incrementar la transparencia en los mercados. Esto se debe a que las empresas no deben monitorear a sus competidores por ellas mismas: los consumidores interesados en obtener descuentos tienen incentivos para informar si otros agentes del mercado han fijado precios más bajos.

A su vez, el castigo por desviarse de la estrategia conjunta es conocido con anticipación por los rivales. Ellos entienden que las ganancias potenciales que tendrían al desviarse del precio acordado tácitamente serían mucho menores, ya que, al reducir sus precios, no incrementarían sus ventas. Lo anterior hace que los competidores no tengan incentivos para rebajar sus precios¹⁰. Así, los miembros del acuerdo tácito mantendrán sus precios a un nivel más alto que el que habría en competencia perfecta.

2.2 LA COLUSIÓN TÁCITA EN COLOMBIA

Los acuerdos tácitos tienen efectos negativos en la economía. Las pérdidas de eficiencia asociadas con la interacción coordinada entre competidores son, cuantitativamente, iguales a aquellas que se derivan de los monopolios es decir, que podría haber precios más altos, ineficiencias, y menos innovación y variedad en el merca-

8 Posner, R. *op. cit.* “*Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach*”, pg. 1572.

9 Ardiyok, S., *op. cit.* “*Comparative Analysis of Collective Dominance*”, pg. 6, par. 2.

10 Edlin, A., “*Do guaranteed-low-price policies guarantee high prices, and can antitrust rise to the challenge*” [1997] 111 *Harvard Law Review*. 536.

do¹¹. Es por lo anterior que ésta es una conducta que preocupa a las autoridades de competencia alrededor del mundo.

La Ley colombiana prohíbe los acuerdos, explícitos o tácitos, entre competidores. En efecto, mientras que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (“Decreto 2153”) prohíbe acuerdos anticompetitivos, el artículo 45 del mismo decreto define acuerdo como: *“Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas”*.

Aún en los casos en donde no se hallen documentos que plasmen de manera explícita acuerdos anticompetitivos entre competidores, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”) como el Consejo de Estado (“CE”) han señalado que es posible sancionar a competidores que, de manera consciente, coordinen sus acciones, afectando el proceso competitivo.

Para que se declare la existencia de un acuerdo anticompetitivo (específicamente, de un *“paralelismo consciente”*), debe existir, por una parte, un paralelismo en los precios (o cualquier otro comportamiento) de los agentes investigados, y por la otra, un elemento consciente que lo complementa¹². De la jurisprudencia reciente del CE, se puede deducir que este elemento consciente se considera probado cuando no existe otra explicación racional para el comportamiento paralelo entre dos empresas:

“Como bien lo advierte el a quo y la entidad demandada, tanta coincidencia no puede resultar de la casualidad, menos cuando el precio de dicho producto no está determinado por la ley, ya que está sometido a libre competencia, por lo tanto depende de factores variables como los costos de transporte, de los costos de operación [...] y, por ende, del nivel de eficiencia de ellas, así como de las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una

11 OCDE, *op. cit. Policy Roundtables: Oligopoly*, pg. 7, par. 3.

12 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 71794 de 2011.

empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto. En esas condiciones es poco probable que [varias] empresas coincidan en todos esos factores. De modo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios [...]"¹³.

En otras palabras, para probar la presencia de un acuerdo tácito anticompetitivo, sólo es necesario demostrar que ha habido un paralelismo en el mercado, y que este comportamiento paralelo no tiene una explicación diferente a que ha habido un acuerdo anticompetitivo. Hasta el momento, no es claro quién debe probar si hay explicaciones alternativas para que dos empresas se comporten de manera igual o similar.

Como se ha visto, una política que garantice que el precio de un producto se igualará con el menor en el mercado podría facilitar una colusión tácita. Sin embargo, demostrar la existencia de estas políticas no es suficiente para probar que se han infringido las normas de competencia. Sería necesario, en estos casos, probar que las partes actuaron igual o similarmente de forma *consciente*, es decir, sabiendo que sus competidores actuarían de la misma manera.

3. DISCRIMINACIÓN

3.1 LOS INFORMADOS Y LOS TRAICIONADOS

Al igual que sus rivales, aquel que tenga una política de igualar precios tendrá pocos incentivos para reducir los valores de sus productos a un nivel competitivo. A la hora de fijar sus precios estándar, este agente no temerá perder clientes que busquen el

13 Consejo de Estado. Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Expediente núm. 25000-23-24-000-2002-00678-01, Actor: Rafael Ortiz Mantilla, Estación de Servicio La Pedregosa, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

precio más bajo disponible, porque estos podrán invocar la oferta, y obtener la rebaja que esperaban. Al mismo tiempo, los consumidores poco informados que no busquen el precio más bajo, pagarán un precio estándar más elevado, pensando que ellos, también, recibirán mejores ofertas¹⁴. Sólo los consumidores que se informen sobre los precios de distintos proveedores podrán gozar de un mejor precio.

Cuando un proveedor no sólo ofrece el mejor precio, sino que, además, garantiza que si los consumidores encuentran un menor precio les devolverá su dinero, muchos compradores creerán en su promesa, por considerarla fidedigna. Con lo anterior, ellos no se verán en la necesidad de adquirir información adicional: pensarán que pueden obtener el mejor precio comprando al vendedor en cuestión, sin necesidad de averiguar por el precio de un mismo producto en varias tiendas¹⁵. De esta manera, los consumidores tendrán menos incentivos para informarse.

Asimismo, la empresa podrá discriminar entre consumidores informados y no informados, subsidiando las pérdidas que pueda ocasionar la campaña del mejor precio garantizado con los precios más elevados generalmente cobrados. Al dar la apariencia de rebajar sus precios, esta empresa tendrá la posibilidad de obtener ganancias.

Discriminar por precios hace que una empresa se pueda beneficiar por igualar los precios bajos de sus competidores, incluso sin que haya un acuerdo de por medio, o en mercados con varios participantes¹⁶. Así, esta práctica puede ser el resultado de una decisión unilateral.

14 Edlin, A., *op. cit.*, “Do guaranteed-low-price policies guarantee high prices, and can antitrust rise to the challenge”, pg. 537.

15 Aguzzoni, L., Buccirossi, P., Ciari, L., Corts, K., Tognoni, M., Spagnolo, G., Vitale, C., Zampa, G. & di Giò, A., “Can ‘Fair’ Prices Be Unfair?: A Review of Price Relationship Agreements” [2012] *Lear, Office of Fair Trade*, par. 0.3.

16 Edlin, A., *op. cit.*, “Do guaranteed-low-price policies guarantee high prices, and can antitrust rise to the challenge”, pg. 538.

3.2 DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS EN COLOMBIA

Francisco González de Cossío ha definido la discriminación de precios así:

“La discriminación de precios sucede cuando una firma hace dos ventas de un producto similar a dos tasas de retorno distintas. Dicho en términos económicos, dos ventas serán discriminatorias cuando involucren dos radios diferentes de precio a costo marginal.

“Debe distinguirse la discriminación de precios de la diferenciación de precios. Un producto puede ser vendido a dos precios distintos (diferenciación de precios) y no ser discriminatorio, en la medida en que el costo marginal de vender a dichos consumidores varíe. En forma similar, dos ventas a un mismo precio pueden ser discriminatorias si la tasa de retorno (costo marginal) es distinta al venderle a ambos clientes”¹⁷.

En Colombia, aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes es ilegal en dos circunstancias: cuando es el resultado de un acuerdo anticompetitivo y cuando es una conducta desarrollada por una empresa con posición de dominio en el mercado. Debido a que, normalmente, las empresas que adoptan una política de igualar los precios más bajos lo hacen de forma independiente, a continuación analizaremos cómo se ha tratado en Colombia la discriminación de precios como abuso de la posición de dominio.

Según el numeral 2 del Artículo 50 del Decreto 2153, se considera que es un abuso de la posición de dominio aplicar “*condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas*”. En el numeral 4.3 de la Resolución SIC No. 42828 de 2010, se señaló que, para que se configure esta conducta, se debe probar (i) que hay dos operaciones equivalentes, (ii) que una empresa do-

17 Fernández de Cossío, F., “Discriminación de Precios” [2013], disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/discriminacion3b3n.pdf>

minante aplica condiciones discriminatorias a dichas operaciones y (iii) que la aplicación de las condiciones discriminatorias pone a consumidores o proveedores que se encuentran en condiciones análogas en una situación desventajosa.

Ahora bien: no toda diferenciación de precios es una discriminación de precios. En el Concepto 15-190601 del 28 de septiembre de 2015, la SIC señaló:

“Es posible cobrar a dos clientes precios diferentes, siempre y cuando esta diferenciación se base en criterios objetivos. Así, por ejemplo, es posible cobrar precios diferentes basándose en la frecuencia en la compra del producto en cuestión: a mayor cantidad de compras en un periodo de tiempo específico, menor será el precio a pagar. Nótese que este tipo de criterios hace claro que las operaciones en cuestión no son equivalentes [...]. En el ejemplo explicado, se podrían producir economías de escala que permitirían reducir los precios de compra.”

Como se puede ver, el numeral 2 del Artículo 50 del Decreto 2153 se podría aplicar si una política de garantizar el precio más bajo resultara discriminatoria hacia consumidores no informados. Esto podría ayudar a proteger a los consumidores que hayan creído que les ofrecerían mejores precios.

4. EL COSTO SOCIAL

Como hemos visto, los precios de los productos incrementarán en todo el mercado como resultado de la política de igualar los precios más bajos: mientras que el que implemente esta política mantendrá precios estándar por encima de los costos marginales para poder compensar las pérdidas que se pudiesen ocasionar debido a reclamos realizados por sus consumidores, sus competidores no los rebajarán, porque, al hacerlo, no incrementarían sus ventas¹⁸. En

18 Aguzzoni, L., *et. al.*, *op. cit.*, “Can ‘Fair’ Prices Be Unfair?: A Review of Price Relationship Agreements”, par. 0.10.

efecto, cada vez que rivales pretendan reducir sus precios, su oferta podría ser igualada por la del otro vendedor. Al no haber incentivos para reducir precios, habrá una competencia menos vigorosa.

Más aún, la política de igualar precios tiene el potencial de incrementar las barreras para entrar al mercado, y reducir, así, la competencia potencial. Las garantías de igualar los precios más bajos afectan especialmente a empresas que pretendan prestar los mismos bienes o servicios, ya que, típicamente, éstas irrumpen en el mercado ofreciendo precios reducidos¹⁹. Saber que una firma ya establecida podría quitarles clientes ofreciendo equiparar su mejor oferta, podría desincentivar su entrada al mercado.

Ahora bien: estas políticas de precios pueden ser beneficiosas, en especial si se ofrecen por empresas relativamente pequeñas en mercados atomizados. Lo anterior se debe a que, en mercados caracterizados por tener varios competidores, incrementar la transparencia vigoriza la competencia. De la misma manera, en este escenario, una sola firma no tendrá suficiente injerencia en el mercado para afectar los precios de sus competidores. Por lo anterior, es necesario analizarlas en cada caso particular, para determinar si son (o no) anticompetitivas.

5. CONCLUSIÓN

Prácticas que pueden dar la apariencia de una ardua competencia, en realidad pueden tener efectos lesivos para el proceso competitivo. Es un reto para las autoridades de competencia detectar y sancionar efectivamente estas conductas, ya que pueden afectar gravemente al mercado como tal, y al bolsillo de los consumidores.

19 Aguzzoni, L., *et. al.*, *op. cit.*, “Can ‘Fair’ Prices Be Unfair?: A Review of Price Relationship Agreements”, par. 0.12.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguzzoni, L., Buccirosi, P., Ciari, L., Corts, K., Tognoni, M., Spagnolo, G., Vitale, C., Zampa, G. & di Giò, A., “Can ‘Fair’ Prices Be Unfair?: A Review of Price Relationship Agreements” [2012] *Lear, Office of Fair Trade*.
- Ardiyok, S., “Comparative Analysis of Collective Dominance” (2006), *Journal of Yeditepe University Faculty of Law*, Vol. 3, No. 1.
- Consejo de Estado. Sentencia de 30 de noviembre de 2006, Expediente núm. 25000-23-24-000-2002-00678-01, Actor: Rafael Ortiz Mantilla, Estación de Servicio La Pedregosa, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.
- Edlin, A., “Do guaranteed-low-price policies guarantee high prices, and can antitrust rise to the challenge” [1997] *III Harvard Law Review*.
- Fernández de Cossío, F., “Discriminación de Precios” [2013], disponible en: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/discriminacion3b3n.pdf>
- Jones, A. & Sufrin, B., *EU Competition Law* (6ª edición, Oxford University Press, 2016).
- Niels, G., Jenkins, H. & Kavanagh, J., *Economics for competition lawyers* (2ª edición, Oxford University Press, 2016).
- OCDE, *Policy Roundtables: Oligopoly* (1999).
- Posner, R. “Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach” [1968] *Stanford Law Review* 21, pg. 1570.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 15-190601 del 28 de septiembre de 2015.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 71794 de 2011.
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 42828 de 2010.