

Ventaja competitiva significativa: una propuesta para determinar la significatividad de la ventaja¹

EMMA J. CAMARGO DÍAZ²

RESUMEN

Actualmente, los procesos que versan sobre el artículo 18 de la Ley 256 de 1996 no tienen un análisis juicioso sobre la significatividad de la ventaja ilegítima tomada por el infractor de una norma, ya que se han desarrollado argumentos que no se sustentan con una base científica y permiten cuestionar los resultados condenatorios. Así, este trabajo se permite postular una solución por medio de la teoría de juegos, lo cual hace caso a un análisis económico que se sustenta en la participación de competidores dentro del mercado.

Palabras clave: Competencia desleal, violación, ventaja ilegítima, teoría de juegos, análisis económico.

SIGNIFICANT COMPETITIVE ADVANTAGE: A PROPOSAL TO DETERMINE THE SIGNIFICANCE OF THE ADVANTAGE

ABSTRACT

Within the procedure related to the infringement of article 18 of Law 256 of 1996, there is no reasonable analysis on the significance of the illegitimate advantage gained by the

- 1 Fecha de recepción: 30 de octubre de 2016. Fecha de aprobación: 5 de noviembre de 2016. Para citar el artículo: Camargo, E. (2016). Ventaja competitiva significativa: una propuesta para determinar la significatividad de la ventaja, en *Revista Con-Texto*, n.º 46, pp. 55-66. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n46.04> Ponencia elaborada en el marco del Seminario *Violación de normas como conducta de competencia desleal – Artículo 18 de la Ley 256 de 1996* de la Universidad Externado de Colombia, que se llevó a cabo el 11 de noviembre de 2016.
- 2 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, docente del Departamento de Derecho Económico. Correo electrónico: emma.cadz@hotmail.com

offender, because there have been developed arguments that are not based on scientific basis and allow challenges to outcoming results. Thus, this work is directed to propose a solution based on the theory of games, which develops a law & economics analysis based on the competitor's market share.

Keywords: Unfair competition, infringement, illegitimate advantage, games theory, law & economics.

El artículo 18 de la Ley 256 de 1996 consagra que “[s]e considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa”. La Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado que “para la configuración de la conducta abordada sea necesaria la concurrencia de a) la infracción de una norma diferente a las contempladas en la Ley 256 de 1996, b) la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva como consecuencia de la denotada vulneración y c) que ella resulte significativa”³.

En el presente escrito se analizará el tema de la ventaja competitiva significativa, y, en especial, se desarrollará el tema de la significatividad de esta ventaja. En primer lugar, se realizará una descripción de las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio frente al elemento de la significatividad de la ventaja obtenida por la violación de alguna norma. Posteriormente, se esbozarán algunas críticas al análisis de la autoridad de competencia en este tema, críticas que se fundamentan en la ligereza, obvedad y subjetividad en la que incurre la Superintendencia, cuando analiza la significatividad de una ventaja competitiva en un mercado. En tercer lugar, se presentará una propuesta de análisis para determinar la significatividad de la ventaja, en la que se aplican los conceptos de teoría de juegos, con el fin de que el análisis que se hace de este elemento normativo resulte más objetivo y verificable. Finalmente, se llegará a algunas conclusiones.

1. LA SIGNIFICATIVIDAD DE LA VENTAJA EN LAS DECISIONES LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Corresponde, entonces, recoger algunas de las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC) en las que se realizó un análisis de la significatividad de la ventaja, bajo el contexto de una conducta desleal por violación de normas.

En primer lugar, vale la pena mencionar la Sentencia 008 de 2009^[4], en la que la SIC definió la ventaja competitiva significativa de la siguiente manera⁵: “[D]ebe entenderse

3 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado 2014-116592, proferida el 1 de septiembre de 2016.

4 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 0008 de 2009, expediente no. 03084008. Proceso abreviado por competencia desleal, demandante: Orbitel SA ESP, demandado: Overseas CATV Ltda.

5 Las siguientes sentencias de la SIC tienen alcances iguales frente a la significatividad de la ventaja: Sentencia 173 de 2012, Sentencia 616 de 2012 y Sentencia 823 de 2012.

por ventaja competitiva aquella que procura un empresario a través de la ejecución de conductas concurrenciales que tienden a la captación y conquista de clientes, mediante el ofrecimiento de bienes o servicios que, desde luego, **no debe ser potencial sino efectiva, esto es, comprobable en el segmento de mercado específico**" (negrilla fuera del texto).

Entonces, desde hace varios años se entiende que la ventaja que procura un competidor a través de la violación de normas debe ser efectiva y no potencial, es decir, tanto la ventaja como su significatividad deben estar probadas en el proceso. Adicionalmente a esto, la SIC indica que la significatividad de la ventaja es en función del efecto concurrencial de la misma, lo que, muchas de las veces, se traduce en una reducción de costos que se reflejan en el precio.

Al realizar el análisis de significatividad, la SIC indicó que la parte demanda Overseas CATV Ltda. no canceló ciertos rubros, como la licencia para prestar el servicio, los cargos de acceso al operador de destino, entre otros, y que "en estos términos es apenas natural que la oferta de la sociedad demandada luzca más ventajosa para los usuarios del servicio de telefonía de larga distancia internacional (...) y, por lo tanto, el valor final que transmitió a los usuarios fue determinante para que éstos se abstuvieran acudir a los operadores de larga distancia debidamente autorizados por el Estado, y esto tiene como probada la significatividad de la ventaja". Ahora, en decisiones más recientes, la SIC ha determinado la significatividad de la siguiente manera:

En los procesos que falló la SIC, que se denominaron Cargos Asimétricos⁶, el análisis de la significatividad fue el siguiente:

"[D]esde la resolución 4002, la CRC a partir de la posición que tiene ese operador en el mercado de voz saliente móvil, constató la presencia de una falla en el mercado a favor de Comcel y en contra de los demás operadores, por lo cual si Comcel pudiera pagar los mismos valores que los demás operadores con ocasión de los cargos de acceso, la falla del mercado que se pretende corregir se mantendría y el mercado continuaría con ella representando así una desventaja para los demás proveedores del servicio de telefonía móvil".

Por esto, que la sociedad demandada "desconozca los parámetros establecidos a partir de estas disposiciones, para la debida aplicación de la resolución 4660 de 2014, a fin de establecer los valores que se pueden cobrar a los demás por el asunto que se ha venido ventilando en este proceso, le representa a COMCEL sin lugar a dudas una ventaja competitiva significativa". Se puede colegir de este análisis que si la norma violada se produjo para corregir una ventaja competitiva existente, no será necesario el análisis sobre la realización de la ventaja competitiva significativa, ya que solo el hecho de violar

6 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 2015-44442, proferida el 26 de mayo de 2016. Demandante: Telecomunicaciones SA ESP – Movistar, demandado: Comunicación Celular SA – Comcel, y Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado no. 2015-47764, proferida el 26 de mayo de 2016. Demandante: Colombia Móvil SA ESP – Tigo, demandada: Comunicación Celular SA, - Comcel.

la norma lleva a los competidores al escenario donde existe la ventaja competitiva para uno de los agentes.

Por otro lado, el 20 de junio de 2014^[7], la SIC calificó una ventaja como significativa, de la siguiente manera.

En esta sentencia, se indica que la significatividad hace referencia a que **“la identidad de la ventaja impone una mejor posición en el mercado para el que la obtiene”**, debe tener un papel relevante en la estructura del mercado. Además, se indicó que **“la significatividad está dada por la condición favorable que le produjo a Petromil al inobservar la norma, mejorando la posición en el mercado, ya que creó una presencia en el mercado que antes no tenía, y que se hizo su camino vendiendo en estaciones que no tenían su imagen. Mejorando su posición en el mercado”**.

En este caso, la SIC sí hace un análisis en función del mercado, indicando que la significatividad es la identidad de la ventaja y que esta identidad impone una mejor posición en el mercado, esta posición es un poco más objetiva y puede comprobarse.

Como último ejemplo del análisis que hace la SIC frente a la significatividad de la ventaja, está la sentencia del primero de septiembre de 2016^[8], por la acción de competencia desleal que iniciaron los canales CARACOL y RCN contra los cableoperadores, ya que indicaban que los cableoperadores debían pedir autorización a los canales para la retransmisión de su señal. En este caso, la SIC indicó que los cableoperadores habían obtenido una ventaja al no pedir autorización a los canales para la retransmisión de la señal, y que además, esta ventaja fue significativa porque CARACOL y RCN son los canales con mayor nivel de frecuencia, por lo que ofrecerlos (o no ofrecerlos) en sus servicios, les genera a los cableoperadores una ventaja competitiva y que, además, es significativa.

2. CRÍTICAS AL ANÁLISIS DE LA SIGNIFICATIVIDAD DE LA VENTAJA COMPETITIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Corresponde ahora esbozar algunas críticas frente al análisis que hace la SIC sobre la significatividad de la ventaja competitiva, las cuales se dividirán en tres grupos: el primero son críticas frente al concepto de significatividad; el segundo grupo de críticas se refiere al método usado por la SIC para determinar cuándo una ventaja fue significativa y, por último, un conjunto de críticas frente a la falta de comprobación de la significatividad de la ventaja competitiva en los fallos sobre competencia desleal por infracción de normas.

7 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 13-013416. Demandante: Organización Terpel SA, demandado: Petróleos del Milenio CI SAS.

8 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 2014-116592, proferida el 1 de septiembre de 2016.

2.1. Críticas frente al concepto de significatividad de la ventaja competitiva

Desde hace varios años, la mayoría de las decisiones de la SIC⁹ enmarcan el concepto de la significatividad de la ventaja en una disminución de costos para el que viola la norma y obtiene una ventaja competitiva, ya que esta disminución de costos se ve reflejada en la disminución del precio del producto. Así, el producto ofrecido tendrá una significatividad desde el punto de vista concurrencial, y que, como la misma SIC lo indica, "debe jugar un cierto papel en la elección de esa alternativa de mercado".

Frente al concepto de significatividad, este razonamiento tiene varias fallas. La primera y más importante es que no define la significatividad. Si se hace un análisis detallado del argumento, se puede concluir que hay una violación de una norma, que trajo como consecuencia la disminución de costos para el agente. Además, esto llevó a la disminución del precio y, por lo tanto, a una alternativa más favorable para los demandantes del producto. Sin embargo, en este análisis no hay nada que indique por qué esta situación es significativa. De este argumento, surgen las siguientes dudas: ¿toda disminución de costos implica una disminución en el precio? Si el agente no disminuye el precio, ¿hay significatividad de la ventaja? Si seguimos el razonamiento de la SIC y, en efecto, hubo disminución en el precio, ¿cualquier disminución en el precio es significativa? ¿Y si la disminución en el precio no tuvo un efecto concurrencial? Y si la disminución en el precio sí tuvo un efecto concurrencial, ¿todo efecto concurrencial es significativo? Si el agente solamente logró obtener un cliente de su competidor, ¿igual es significativo?

La falta de certeza y la ambigüedad son las características del concepto de significatividad de la SIC. Su concepto se queda corto, y no analiza los elementos legales ni los propios conceptos esbozados por esta entidad. En primer lugar, porque el artículo 18 de la norma indica que será desleal "la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva". No es una ventaja potencial, ni supuesta y, además, esta efectiva realización de la ventaja debe ser significativa. No hay un análisis de significatividad en las decisiones de la SIC. Otra crítica al concepto de significatividad de la SIC, además de su ambigüedad, es que resulta muy estrecho, si se considera que la ventaja competitiva se reduce al ahorro de algunos costos. También hay muchas formas de ventaja competitiva, ya que estas se determinan por la dinámica del mercado y no por la norma. La reducción del concepto de ventaja competitiva reducirá, consecuentemente, el concepto de significatividad. Por ejemplo, abrir un local yendo en contra del Plan de Ordenamiento Territorial puede que no genere una reducción de costos, pero sí puede crear una ventaja competitiva, y esta puede llegar a ser significativa.

9 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencias 008 de 2009, 173 de 2012, 616 de 2012, 823 de 2012 y sentencia del proceso con radicado n.º 13-013416, demandante: Organización Terpel SA, demandado: Petróleos del Milenio CI SAS.

2.2. Críticas relacionadas con el método que usa la SIC para determinar la significatividad de la ventaja

La crítica más importante sobre este aspecto es que la SIC no tiene un método para determinar la significatividad de la ventaja. No hay criterios, pasos, requisitos o alguna otra herramienta metodológica que la SIC use para determinar la significatividad de la ventaja competitiva. En consecuencia, la falta de rigor argumentativo lleva a una situación un poco más peligrosa, ya que la subjetividad carece de criterios para analizar la significatividad. Entonces, esta situación resulta siendo un razonamiento del juez sobre lo cree que es.

No se está diciendo que en todos los casos deba usar los mismos criterios o métodos. Es entendible que cada caso requiera un análisis acorde a las particularidades de los hechos. Sin embargo, no se puede caer en el absurdo de que la significatividad sea lo que el fallador cree que es en cada caso o, simplemente, no se analiza realmente la significatividad de la ventaja. Si se estudian detenidamente las sentencias de la SIC, se notará que no le ocupa más de dos párrafos o unas cuantas frases determinar la significatividad de la ventaja competitiva adquirida por un agente gracias a la violación de una norma, cuando la misma SIC define ambiciosamente la significatividad como un verdadero impacto en la posición del agente en el mercado¹⁰. ¿Cómo puede la SIC determinar el impacto de la ventaja en la posición de un competidor en el mercado y, además, la magnitud de este impacto, en un análisis tan ligero?

2.3. Críticas frente a la falta de comprobación de la significatividad de la ventaja competitiva en los fallos de la SIC

Si la SIC no tiene claro el concepto y alcance de la significatividad de la ventaja (primer grupo de críticas) y no tiene un método para determinarla (segundo grupo de críticas), la consecuencia natural es que en las sentencias de la SIC sobre competencia desleal por violación de normas, no se encuentre realmente demostrada la significatividad. Lo anterior es reprochable, en la medida que no se cumple con un requisito legal para determinar si se configuró la conducta de competencia desleal, y segundo, porque pone a los agentes dentro de un proceso de competencia desleal (tanto demandante como demandado) en un escenario de incertidumbre para probar o defenderse del requisito de la significatividad de la ventaja competitiva. El demandante que tiene la carga de la prueba no sabrá si el análisis que haga del mismo y las pruebas que presente para probarlo son suficientes o, siquiera, tomados en cuenta, y el demandado no sabrá cómo probar lo contrario, por las mismas razones.

Por ejemplo, podemos ver cómo se materializan estas críticas, con los siguientes ejemplos:

10 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 13-013416. Demandante: Organización Terpel SA, demandado: Petróleos del Milenio CI SAS.

En el caso de los canales CARACOL y RCN en contra de los cableoperadores, la SIC desconoce que hay tres momentos: 1) el escenario sin regulación, 2) el escenario regulado y 3) el escenario en que se viola la norma.

El análisis de la ventaja no puede reducirse a que en el escenario 1 ya existía una ventaja y que esta era significativa. En primer lugar, porque la ventaja en el escenario 1 no es producida por la violación de alguna norma, sino por la dinámica del mercado de las telecomunicaciones. La ventaja debe producirse en el escenario 3, con un nexo causal¹¹ entre la violación de la norma y la ventaja, y, por último, no hizo ningún análisis sobre la significatividad de la ventaja obtenida luego de violar la norma.

En el caso de las estaciones de servicio¹², la SIC realizó un análisis un poco más coherente; sin embargo, se quedó corta. No hace un análisis profundo, indica que la significatividad de la ventaja se traduce en una mejor posición en el mercado para quien comete la conducta, pero no realiza este análisis juiciosamente. En primer lugar, no determinó qué posición tenía el agente en el mercado antes de infringir la norma, ni cuál fue la posición en el mercado luego de infringirla, y, mucho menos, si este cambio fue significativo. Por lo que de esta sentencia surgen las siguientes inquietudes: ¿cualquier mejora en la posición en el mercado es significativa? ¿Si con la violación de la norma solo logró obtener un 0.1 % de participación en el mercado, es significativa?

La SIC, en la generalidad de sus sentencias, asume que la significatividad de la ventaja competitiva es obvia, y no tiene un concepto claro de la misma, no tiene un método para determinarla y no queda comprobada en sus fallos. Es por esto que presentamos una propuesta para mejorar el análisis de la significatividad.

3. PROPUESTA PARA DETERMINAR LA SIGNIFICATIVIDAD DE LA VENTAJA COMPETITIVA: UNA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE JUEGOS

En este punto, se expondrá una propuesta para determinar la significatividad de una ventaja competitiva en un mercado gracias a la violación de una norma, usando conceptos de teoría de juegos.

Como bien lo dice el doctrinante DIONISIO DE LA CRUZ¹³, la significatividad de la ventaja es "el efecto que se causa en el mercado por la infracción de la norma [y] debe ser de tal magnitud que origine un cambio en la esfera decisoria del consumidor". La significatividad debe provocar una desigualdad, "es decir un desequilibrio de beneficios entre quien actúa en el marco de la legalidad y recibe sus compensaciones al respecto y quien lo hace al margen de la misma, obteniendo de este modo muchos más frutos que el primero"¹⁴.

11 Crf. Superintendencia de Industria y Comercio. Auto 3149 de 2004, sobre el nexo causal entre la violación de la norma y la ventaja competitiva significativa.

12 Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 13-013416. Demandante: Organización Terpel SA, demandado: Petróleos del Milenio CI SAS.

13 DE LA CRUZ, DIONISIO. *La competencia desleal en Colombia: Un estudio sustantivo de la ley*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 224.

14 BARONA, SILVIA. *Competencia desleal*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008, p. 628.

Esta situación de desigualdad y beneficios puede explicarse con modelos de la teoría de juegos, entendida como aquella que “analiza, básicamente, la toma de decisiones racionales en términos de construcciones competitivas (juegos no – cooperativos) y coalicionales (juegos cooperativos) abstraídas de los juegos de salón (póquer, bridge, monopolio, etc.), en los cuales dos o más agentes, considerando las acciones de sus oponentes, deben tomar decisiones en el esfuerzo por obtener las máximas ganancias posibles”¹⁵.

En este punto, se expondrá el método que debe usarse para determinar una ventaja competitiva significativa a través del planteamiento de una situación hipotética, para entender cómo funcionaría la aplicación de estos conceptos en el estudio de un caso real.

3.1. El primer paso debe ser determinar que hubo una ventaja competitiva

En una situación con dos competidores por un mercado, duopolio, supóngase el mejor escenario posible para ambos, esto es, que el mercado se reparte por partes iguales (50 %). Cada uno de ellos puede verse frente a la posibilidad de decidir si respeta las reglas o viola una norma para una obtener ventaja competitiva. Y específicamente, que esta ventaja sea significativa. Si uno de ellos lo hace y el otro no, quien obtiene la ventaja competitiva significativa verá incrementada su participación en el mercado (es decir, con precios más bajos se logra acaparar mayor cantidad de clientes y mayor cantidad de productos vendidos, o con cualquier tipo de ventaja que logre una mejor participación en el mercado).

Al final, “buscar una ventaja competitiva significativa” es una estrategia que puede desembocar en la ‘captura’ de todo el mercado, lo cual constituiría un monopolio con las consecuencias que supone para los consumidores: caso cementos (CEMEX). Aquello que este competidor gana adicionalmente es justo lo que el otro competidor pierde.

TABLA 1. TABLA DE BENEFICIOS EN QUE SE OBTIENE UNA VENTAJA COMPETITIVA PARA UN AGENTE

		Competidor B	
		Respetar las reglas	No respetar las reglas
Competidor A	Respetar las reglas	50 % , 50 %	50 % – x % , 50 % + x %
	No respetar las reglas	50 % + x % , 50 % – x %	

Donde $x\%$ es el incremento en el porcentaje del mercado, obtenido por quien realiza acciones para obtener la ventaja competitiva, es decir, $x\% > 0$.

Es decir que si el valor del incremento del porcentaje de mercado es mayor a cero, ya se puede concluir que el competidor obtuvo una ventaja competitiva dentro del mercado. Si el resultado es 0 o incluso negativo, se puede descartar la existencia de una ventaja gracias a la violación de la norma. Falta revisar qué sucede si ambos, de forma

15 MONSALVE, SERGIO y ARÉVALO, JULIÁN. *Un curso de teoría de juegos clásica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 15.

separada, independiente, sin colusión, deciden violar una norma con el propósito de obtener ventaja competitiva significativa.

Si ambos lo hacen de manera eficiente, entendiendo acá el uso o la ejecución de acciones eficientes con un propósito fraudulento (sancionable), es de esperar que aquello que uno de los competidores espera obtener adicional al 50 % del mercado sea neutralizado por la acción del otro. [Ejemplo análogo: si dos atletas van a competir en los 100 m planos, y uno de ellos sale un segundo antes del pistoletazo de salida, obtendrá una ventaja sobre su contendor; pero si el otro competidor hace exactamente lo mismo, ambos terminarán saliendo un segundo antes del pistoletazo, con lo cual cada uno logra neutralizar la ventaja (fraudulenta) del otro].

Entonces, cabe aceptar que bajo condiciones de optimización de recursos y de estrategias similares de obtención de ventaja competitiva significativa, los competidores quedarán con un reparto a partes iguales del mercado (tal como al inicio).

Por lo tanto:

TABLA 2. TABLA DE BENEFICIOS CON EL ESCENARIO EN QUE LOS DOS COMPETIDORES VIOLAN LA NORMA

		Competidor B	
		Respetar las reglas	No respetar las reglas
Competidor A	Respetar las reglas	50 % , 50 %	50 % - x % , 50 % + x %
	No respetar las reglas	50 % + x % , 50 % - x %	50 % , 50 %

Nota 1: si el reparto inicial no fuera a mitades, sucedería exactamente lo mismo, es decir, si el reparto inicial (respetando las normas) fuera, por ejemplo, 40 % - 50 %, al realizar ambos competidores actos para obtener ventaja competitiva significativa, volverían a quedar (40 % - 50 %), siempre y cuando las acciones de ambos sean similares, esto es: eficientes; referidas a elementos similares en el proceso de producción, distribución y venta, y precios finales al público iguales.

Entonces, la SIC debe determinar que hubo una ventaja competitiva por infracción de normas, cuando el juego se encuentre en alguna de las casillas sombreadas.

TABLA 3. ESCENARIOS DE VENTAJA COMPETITIVA

		Competidor B	
		Respetar las reglas	No respetar las reglas
Competidor A	Respetar las reglas	50 % , 50 %	50 % - x % , 50 % + x %
	No respetar las reglas	50 % + x % , 50 % - x %	50 % , 50 %

Esto, porque el comportamiento de uno de los competidores generó una situación de desigualdad que debe ser sancionada, ya que por la violación de una norma, obtuvo un porcentaje de mercado que, en otra situación, no tendría.

En general:

TABLA 4. ESCENARIO GENERAL

		Competidor B	
		Respetar las reglas	No respetar las reglas
Competidor A	Respetar las reglas		
	No respetar las reglas		

Con $x\% > 0$ y $a\% + b\% = 100\%$

En conclusión, hay ventaja competitiva cuando el porcentaje de mercado obtenido por el competidor infractor es mayor a cero. Es decir $x\% > 0$

3.2. El segundo paso es determinar la significatividad de la ventaja

Con el primer paso, se determinó que hay una ventaja competitiva, ya que . Ahora, es el momento de determinar la significatividad de este porcentaje.

Para efectos de este trabajo, se propone que una ventaja es significativa si el porcentaje obtenido gracias a la violación de la norma es mayor al porcentaje que hubiera obtenido sin violar la norma y actuando dentro del marco de una competencia leal.

Es decir que

$$x\% > 0$$

Este porcentaje hace referencia a cuando el competidor viola la norma, y

$$y\% > 0$$

Este sería el porcentaje que el competidor hubiera obtenido en un escenario de no violación de la norma y competencia desleal.

Entonces, una ventaja es significativa cuando se cumple la siguiente condición

$$x\% > y\% > 0$$

En conclusión, la significatividad de la ventaja está determinada como el mayor beneficio generado gracias a la infracción de la norma, y que no hubiera podido adquirirse por medios leales de competencia, en un escenario en que no existe violación de la norma.

3.3. Cómo determinar el valor de los porcentajes

Ahora, es necesario señalar cómo se determina el valor de estos porcentajes, y, en este punto, la respuesta es que dependerá de cada caso; sin embargo, deberán usarse todos los estudios de mercado para determinar la posición en el mercado de los involucrados en el proceso y realizar estudios sobre el efecto concurrencial de la conducta (efectivo, no potencial). Aquí se pueden incluir los análisis de ahorro de costos y traslado al precio que la SIC considera tan importantes, estudios que determinen cómo se comporta el mercado sin violación de la norma. La SIC, en otras delegaturas como aquella que analiza las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tiene vasta experiencia en determinar la posición de las empresas en el mercado. Pueden trasladarse los buenos usos de la entidad para los asuntos jurisdiccionales.

En este punto, como conclusión, se puede decir que la teoría de juegos le da elementos objetivos de análisis al juzgador. Puede que no sea un método perfecto, pero permite un análisis mucho más profundo y objetivo, diferente al que hace la SIC actualmente para analizar la ventaja competitiva y su significatividad.

4. CONCLUSIONES

Del presente escrito se pueden obtener las siguientes conclusiones:

La SIC crea conceptos jurídicos completos, frente a la ventaja competitiva y su significatividad, en los que se indica que la ventaja debe realizarse efectivamente en el mercado y que su significatividad implica una mejor posición en el mercado gracias a la violación de la norma. Adicionalmente, indica que la significatividad de la ventaja competitiva generalmente implica un ahorro de costos que se trasladan al precio de un producto y que cambian la esfera decisoria de los consumidores.

Se concluye, también, que cuando la SIC debe trasladar estos conceptos teóricos a un caso concreto, incurre en varias falencias, que se dividieron en tres grupos: las primeras, referidas a la conceptualización de la significatividad; el segundo, en el método de determinación de la significatividad, y tercero, en la comprobación de la misma. Por lo que se afirma que la SIC, en la generalidad de sus sentencias, asume que la significatividad de la ventaja competitiva es obvia, y no tiene un concepto claro de la misma, no tiene un método para determinarla y no queda comprobada en sus fallos.

En el presente documento se presentó una propuesta de análisis de la ventaja competitiva significativa, en la que se usaron conceptos de teoría de juegos. En esta propuesta, primero, se usó un método para determinar si hubo una ventaja competitiva o no; luego de haber pasado este punto, se concluye que si la hubo, se analiza si esta ventaja fue significativa o no, y se concluye que una ventaja es significativa solo cuando, gracias a la

infracción de la norma, se obtiene un porcentaje de participación en el mercado mayor al que se hubiera obtenido en un escenario en que no se infringió la norma y se usaron actos leales de competencia.

Posteriormente, se indica que se deben usar estudios para determinar los valores de participación en los mercados y poder determinar la ventaja competitiva significativa de la conducta violatoria de normas jurídicas.

Por último, se puede decir que la teoría de juegos le da elementos objetivos de análisis al juzgador, pero permite corregir las falencias actuales que tiene la SIC frente a estos conceptos, ya que permite un análisis mucho más profundo y objetivo, que muestra posibles soluciones a problemas de mercado como los de competencia desleal.

BIBLIOGRAFIA

- BARONA, SILVIA. *Competencia desleal*. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008.
- DE LA CRUZ, DIONISIO. *La competencia desleal en Colombia: Un estudio sustantivo de la Ley*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2014.
- MONSALVE, SERGIO y ARÉVALO, JULIÁN. *Un curso de teoría de juegos clásica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Auto 3149 de 2004.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 0008 de 2009. Expediente no. 03084008. Proceso abreviado por competencia desleal. Demandante: Orbitel SA ESP, demandado: Overseas CATV Ltda.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado 2014-116592, proferida el 1 de septiembre de 2016.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado no. 2015-44442, proferida el 26 de mayo de 2016. Demandante: Telecomunicaciones SA ESP – Movistar, demandado: Comunicación Celular SA – Comcel.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 2015-47764, proferida el 26 de mayo de 2016. Demandante: Colombia Móvil SA ESP – Tigo, demandada: Comunicación Celular SA - Comcel.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado n.º 13-013416. Demandante: Organización Terpel SA, demandado: Petróleos del Milenio CI SAS.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia del proceso con radicado no. 2014-116592, proferida el 1 de septiembre de 2016.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 173 de 2012.
- Superintendencia de industria y Comercio. Sentencia 616 de 2012.
- Superintendencia de industria y Comercio. Sentencia 823 de 2012.