



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN NÚMERO 25183 DE 2020

(1 de junio de 2020)

Versión pública

Radicación: 20-63399

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, y en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política establece que “[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*” y que “[...] *el Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*”.

SEGUNDO: Que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 establece que “[...] *lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico*”.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y según lo previsto en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante, la Superintendencia) “[...] *conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*”.

CUARTO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, la Delegatura) “[...] *tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*”.

QUINTO: Que mediante escrito radicado con el No. 20-63399 del 13 de marzo de 2020¹, la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor de esta Superintendencia trasladó a la Delegatura una copia de la queja presentada el mismo día por **KOBA COLOMBIA S.A.S.** (en adelante, **KOBA**). En el escrito de queja se informó que **FARMALATAM COLOMBIA S.A.S.** (en adelante, **FARMALATAM**), a través de su marca **FARMALISTO**, estaría comercializando el producto “gel antibacterial con aloe Natural Feeling” en la presentación de frasco (300 ml) por un valor de \$40.000 pesos. El precio de venta referido, según lo indicó la denunciante, es superior al fijado por **KOBA** a través de su red de tiendas D1.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Es importante destacar que los hechos objeto de la denuncia se presentaron en el marco de la emergencia Económica, Social y Ecológica generada por la propagación del Coronavirus COVID-19 (en adelante, COVID-19) en el territorio nacional.

SEXTO: Que en desarrollo de las facultades conferidas a esta Superintendencia en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011², la Delegatura formuló de manera preliminar diversos requerimientos de información y tomó varias declaraciones bajo la gravedad del juramento. Las actuaciones desplegadas en esta actuación administrativa se llevaron a cabo con la utilización de medios electrónicos, en aplicación de lo previsto en el artículo 53 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA) y de lo establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo 491 de 2020.

SÉPTIMO: Que mediante escrito del 22 de mayo de 2020³, el Coordinador del Grupo de Trabajo de Prácticas Restrictivas de la Competencia dejó constancia del traslado de copia de algunos elementos de prueba obrantes en el expediente radicado con el No. 20-63092 para su efectiva incorporación al expediente radicado con el No. 20-63399, tales como declaraciones y respuestas a requerimientos.

OCTAVO: Que del análisis de la información recaudada en el desarrollo de la actuación administrativa y de la valoración de los hechos que son objeto de estudio, la Delegatura encontró evidencia de la posible infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por parte de **FARMALATAM**, específicamente por mantener o determinar precios inequitativos. En este caso la Delegatura encontró elementos suficientes que le permiten establecer, hasta este punto de la actuación administrativa, que la compañía habría incrementado en un corto lapso y sin razón aparente los precios de venta de algunas referencias de geles antibacteriales, incluido el producto referido en la denuncia, demandados por personal del sector salud y la comunidad en general durante la coyuntura generada por la pandemia del COVID-19.

NOVENO: Que para efectos del presente acto administrativo y con el fin de dar un contexto general, se presentarán las circunstancias particulares que dan lugar a la formulación de la imputación. Estas circunstancias están directamente relacionadas con la emergencia derivada del COVID-19 y con las conductas adelantadas por **FARMALATAM** en ese contexto. En este sentido, la Delegatura presentará: (i) la descripción general de la emergencia que afronta el país, (ii) la caracterización del producto relacionado con la presunta conducta anticompetitiva adelantada por la compañía, (iii) la imputación fáctica que relaciona los hechos que constituyen el comportamiento adelantado por **FARMALATAM** y el análisis de las pruebas del caso, y (iv) la imputación jurídica que describe la configuración de la infracción a la prohibición general –específicamente por mantener o determinar precios inequitativos en el mercado–.

9.1. Descripción general de la situación de emergencia

En Wuhan, República Popular China, durante el mes de diciembre de 2019 se identificaron los primeros cuadros clínicos por el Coronavirus COVID-19. El 30 de enero de 2020, la **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD** (en adelante, la **OMS**) identificó el nuevo Coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional. El 6 de marzo de 2020 se dio a conocer por parte de las autoridades colombianas el primer caso oficial de COVID-19 en el territorio nacional.

El 11 de marzo de 2020, la **OMS** había sido notificada por 118 países de la existencia de más de 125.000 casos por coronavirus COVID-19. El número de casos fuera de la República Popular China

² Decreto 4886 de 2011. “Artículo 1. Funciones generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones”.

³ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Constancia de copias 20-63092 a 20-63399.pdf

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

se había multiplicado por 13 y los países que estaban afectados con la enfermedad habían triplicado su número de contagios. Debido a su velocidad de propagación y su escala de transmisión, la **OMS** declaró el 11 de marzo de 2020 la enfermedad de COVID-19 como una pandemia e instó a todos los países a tomar acciones urgentes en contra de la enfermedad.

En este escenario, el Gobierno Nacional adoptó una serie de medidas tendientes a controlar y mitigar los diversos efectos de la pandemia, dentro de las que se destacan las siguientes:

- Con ocasión de la rápida propagación del virus y en virtud de lo dispuesto en el artículo 215 de la Constitución Política, el 17 de marzo de 2020, a través del Decreto 417 de 2020, el Gobierno Nacional declaró el estado de emergencia Económica, Social y Ecológica en el país.

- Mediante el Decreto 507 del 1 de abril de 2020, el Gobierno Nacional dispuso lo siguiente: *“La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones de inspección, vigilancia y control previstas en la Ley 1340 de 2009 y la Ley 1480 de 2011, las cuales se desarrollarán de conformidad con la capacidad institucional de la Superintendencia de Industria y Comercio, que podrá priorizar los casos en los que ejercerá sus funciones con el propósito de lograr la mayor eficiencia en su intervención”* (subrayado fuera de texto). Esta disposición encuentra armonía con otras directrices que ha expedido el Gobierno Nacional, como lo previsto en el Decreto 462 del 22 de marzo de 2020, en la que se exhorta a esta Superintendencia para que implemente los programas de monitoreo y observancia con el fin de evitar fenómenos de acaparamiento o distribución ineficiente, inequitativa o inadecuada.

- El mismo Decreto 462 de 2020 priorizó el suministro de ciertos productos vitales para atender la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. De esta forma, definió el primer lugar para las instituciones prestadoras de salud y, en consecuencia, su personal médico.

- De acuerdo con los lineamientos establecidos por el Gobierno Nacional, así como las funciones que han sido asignadas a esta entidad, es necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio realice un monitoreo permanente, eficiente y oportuno del comportamiento de los precios de los productos que resultan necesarios para afrontar la pandemia del COVID-19. Esto permite identificar cualquier clase de conducta que sea potencialmente anticompetitiva y conlleve a una afectación de los consumidores, especialmente en el marco de la emergencia declarada.

- A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural fijaron, a través de la Resolución 078 del 7 de abril de 2020, el listado de productos de primera necesidad mientras perdurasen las causas que motivaron la declaratoria de la emergencia, en concordancia con lo dispuesto por el Decreto 507 de 2020.

Sobre esta base, en ejercicio de sus facultades legales, la Delegatura adelantó una actuación administrativa por la aparente existencia de precios excesivos o inequitativos para la comercialización de gel antibacterial, un producto declarado indispensable para afrontar la emergencia. En su análisis, la Autoridad encontró evidencia que –con el rigor propio de la etapa inicial de la actuación– daría cuenta de conductas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos en el mercado. Según los términos descritos, la hipótesis del presente caso consiste en que **FARMALATAM**, a través de su marca y establecimiento **FARMALISTO**, habría aumentado el precio de algunos de los productos que comercializa en un periodo de tiempo corto, sin una justificación objetiva y razonable. De esta manera, la Delegatura determinó de manera preliminar, en el marco de la imputación, que el incremento de precios realizado por **FARMALATAM** se habría dado con el propósito exclusivo de obtener un aumento en el beneficio económico de la empresa, aprovechándose de las circunstancias particulares por las que atraviesa el país en el marco de la emergencia, específicamente en cuanto a la necesidad del uso de los elementos de desinfección por parte del público en general.

9.2. Caracterización del producto posiblemente afectado

A continuación, la Delegatura identificará y caracterizará el mercado que podría resultar afectado por las conductas objeto de la presente investigación. Para el efecto, en primer lugar, se describirá el producto objeto de análisis, su uso e importancia en la actual coyuntura derivada de la emergencia ocasionada por el COVID-19. En segundo lugar, se explicarán las condiciones generales de la oferta del producto identificado y los agentes económicos objeto de análisis para

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

este caso. En tercer lugar, la Delegatura expondrá las dinámicas generales de la demanda de los productos identificados en el marco de la coyuntura actual. Por último, se delimitará la zona geográfica posiblemente afectada por las conductas investigadas y concluirá sobre las características generales del mercado objeto de análisis.

- Producto posiblemente afectado

Los productos relacionados con las conductas materia de análisis corresponde a la comercialización al detal de **solución o gel desinfectante a base de alcohol** (en adelante **SGDA**). Una **SGDA** es cualquier producto farmacéutico en el que se mezcla o combina el alcohol por base, es de uso tópico y se utiliza para detener la propagación de gérmenes. El proceso de fabricación resulta relativamente sencillo en la medida en que es una homogenización de sustancias tales como agua destilada, alcohol y agentes gelificantes en proporciones específicas que dependen de la fórmula que utilice cada fabricante⁴.

El documento “*Lineamientos para elaboración de solución de alcohol para la desinfección de las manos en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19*”, publicado en marzo de 2020 por el Ministerio de Salud y Protección Social, destacó el uso de **SGDA** como un complemento de higiene para las manos y una buena opción para lograr una desinfección constante y eficiente.

Dicha recomendación se basó en las siguientes características del **SGDA**: (i) posee actividad antimicrobiana, rápida y amplia con un riesgo mínimo de generar resistencia a los agentes antimicrobianos; (ii) es apropiado en lugares apartados o con recursos limitados; (iii) fomenta una mayor frecuencia en la higiene de las manos por ser de fácil uso, rápido y conveniente; (iv) es más seguro y eficaz que otros productos desinfectantes, y (v) la **OMS** recomienda utilizar un producto con base en alcohol para la antisepsia habitual de las manos en la mayoría de las situaciones clínicas⁵.

- Caracterización de la oferta ante la pandemia del COVID-19

La producción y comercialización de **SGDA** en Colombia se encuentra sujeta a la asignación de un Registro Sanitario que avala su fabricación, importación y comercialización por parte del **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS** (en adelante **INVIMA**). La **SGDA** se encuentra categorizada como producto “*cosmético*” que alcanzó la calificación de *medicamento esencial no disponible* en el mes de marzo de 2020, a raíz de la emergencia sanitaria desatada por la propagación del COVID-19⁶. Como efecto directo de esta decisión, la **SGDA** no requiere registro sanitario para su fabricación, importación y comercialización mientras dure el Estado de Emergencia declarado por el Gobierno Nacional. Así, la fabricación de gel antibacterial quedó sujeta al cumplimiento de unos requisitos mínimos para garantizar su seguridad, que incluyen la presentación de información básica y técnica ante el **INVIMA** y el diligenciamiento de una autoevaluación *on-line* respecto del cumplimiento de los requisitos⁷. Esta medida facilitó la aparición en este mercado de nuevos oferentes locales de geles antibacteriales nacionales o importados. De acuerdo con el reporte del **INVIMA**, para el 8 de mayo de 2020 se habían entregado 81 autorizaciones adicionales para la fabricación de alcohol y gel antibacterial⁸.

Las decisiones tomadas por las autoridades sanitarias nacionales para evitar el desabastecimiento de **SGDA** durante la emergencia sanitaria se han visto afectadas por el incremento de los costos de producción de estos productos, especialmente del etanol⁹, así como por el desabastecimiento de envases usados para su comercialización. Sobre el particular, **ÁNGELA MARÍA CORENA CUERVO**, en su calidad de Directora de Mercadeo de **JGB S.A.**, indicó:

⁴ Información aportada por QUIMICAS ORION S.A., RECAMIER y JGB S.A. Expediente 20-63092. Consecutivo 220-

⁵ Guía de lineamientos para elaboración de solución de alcohol para la desinfección de las manos en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. Ministerio de Salud y Protección Social. Marzo de 2020.

⁶ Circular No.100-108-20. INVIMA. Disponible en: https://www.invima.gov.co/documents/20143/1684253/Circular-vitales-no-disponibles_1000-108-20_abril-2020.pdf/4938f657-4de9-dd8d-ff23-69f3f69a870c?t=1587658624894.

Consultado el 11 de mayo de 2020.

⁷ Ministerio de salud y protección social. Resolución 522 de 2020.

⁸ Sitio web INVIMA. Consultado el 11 de mayo de 2020. Disponible en: https://invimagovco.sharepoint.com/:x:/r/sites/PortalWebComunicaciones/_layouts/15/Doc.aspx?sourcedoc=%7Be05fc244-982d-48ef-abd6-cbe799be3cd8%7D&action=view

⁹ Información aportada por PRODUCTOS FAMILIA S.A. Expediente 20-63092.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

“**Delegatura:** ¿Este alcohol glicerinado qué presentaciones tiene?”

Ángela María Corena Cuervo: [REDACTED]

[REDACTED] Porque fue el único envase que logramos conseguir. Porque esta complicadísima la consecución de envases y tapas plásticas en este momento, pues porque casi todas las compañías se han volcado a hacer geles antibacteriales y este tipo de productos, entonces ha sido super difícil la consecución de envases en el mercado (...)¹⁰.

Delegatura: Sobre el tema de los envases, han tenido alguna alteración en la provisión de los envases para alcohol, así como no los había para [el alcohol glicerinado], ¿ha habido algún problema con los envases del alcohol?

Ángela María Corena Cuervo: Y no solo del alcohol, [REDACTED]

[REDACTED]¹¹.

En ese contexto, varios agentes que participan en el mercado han tenido modificaciones sustanciales en las principales variables que están relacionadas con estos productos. Por ejemplo, **RECAMIER S.A.** (en adelante **RECAMIER**) reportó un incremento del [REDACTED] en el precio promedio por kilogramo del alcohol etílico desodorizado de su proveedor [REDACTED], en el periodo comprendido entre febrero y abril de 2020¹². Por su parte, **QUÍMICA ORIÓN S.A.** (en adelante **ORIÓN**) indicó que tuvo una variación porcentual del [REDACTED] en el precio promedio por kilogramo de alcohol, durante el periodo comprendido entre enero y abril de 2020. Los precios más altos registrados por esta empresa corresponden al de su proveedor [REDACTED], con un valor promedio de [REDACTED] por kg para el mes de abril de 2020, y al de [REDACTED], que alcanzó una variación total del [REDACTED] entre marzo y abril de 2020¹³.

Pese a las variaciones en los costos de producción, el llamado del Gobierno para atender las necesidades generadas por la pandemia ha motivado a los fabricantes a ajustar sus procesos para aumentar la productividad y garantizar la disponibilidad de los productos, específicamente del gel antibacterial. Esto se puede constatar con las declaraciones rendidas por los representantes de las empresas fabricantes. Una muestra de esto es el caso de **PRODUCTOS FAMILIA S.A.** (en adelante **FAMILIA**), que registró un incremento importante en la cantidad de mililitros de gel antibacterial producidos, pues pasó de producir [REDACTED] en enero de 2020 (para comercializar en presentaciones de 265 y 400 ml) a producir [REDACTED] de gel para el mes de marzo de este año¹⁴.

Las condiciones descritas sin duda han generado alteraciones en los precios promedio de venta de **SGDA**. Sin embargo, dichas variaciones han sido moderadas, algunas de ellas con ocasión de las decisiones solidarias de las empresas para afrontar la contingencia nacional ocasionada por el COVID-19. Sobre este asunto, **ANDRÉS FELIPE GÓMEZ SALAZAR**, Representante legal de **FAMILIA**, indicó en el transcurso de su declaración lo siguiente:

“**Delegatura:** (...) ¿La compañía **FAMILIA** ha incrementado los precios de estos productos en distintas presentaciones o cuál ha sido el comportamiento de los precios?”

Andrés Felipe Gómez Salazar: (...) [REDACTED]

¹⁰ Declaración de **Ángela María Corena Cuervo**, desde el minuto 27.48 hasta 28.45. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia JGB/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - JGB SA (2020-04-30 at 09:41 GMT-7).

¹¹ Declaración de **Ángela María Corena Cuervo**, desde el minuto 45.06 hasta 45.50. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia JGB/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - JGB SA (2020-04-30 at 09:41 GMT-7).

¹² 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/RECAMIER S.A./SIC Punto 4.xlsx

¹³ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/QUIMICA ORIÓN S.A./ Información SIC 04052020.xlsx

¹⁴ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/PRODUCTOS FAMILIA S.A./ Anexo V. (Confidencial) Reporte histórico de producción.xlsx

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”



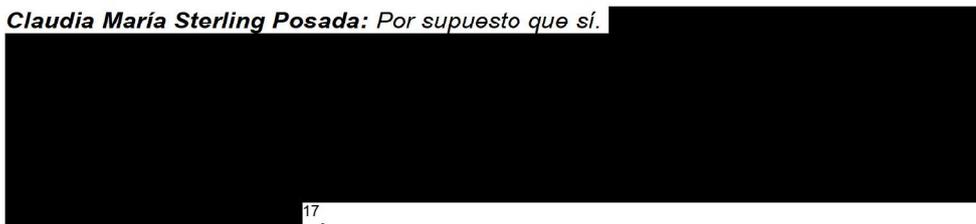
¹⁵.

Sobre esta base, productores de **SDGA**, tales como **RECAMIER**¹⁶, registraron una variación porcentual de precios que oscila entre [REDACTED] para el periodo comprendido entre enero y marzo de 2020 para el gel antibacterial en presentaciones de 300 ml, lo cual equivale a [REDACTED] pesos por unidad.

Los incrementos referidos han impactado los costos de distribución y comercialización de estos productos y se han transmitido a los consumidores finales. No obstante, es importante destacar que también por parte de estos agentes se ha evidenciado el compromiso de facilitar la adquisición de los productos evitando la transmisión directa de los sobrecostos a los clientes. Sobre este asunto, **CLAUDIA MARÍA STERLING POSADA**, Representante legal de **DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S.**, aseguró en trámite de la audiencia llevada a cabo el 3 de abril de 2020 lo siguiente:

“Delegatura: Todo este problema de la crisis que estamos viviendo actualmente en Colombia ¿ha afectado de alguna forma los precios de alguno de estos productos?”

Claudia María Sterling Posada: Por supuesto que sí.



¹⁷.

En relación con los precios de comercialización de **SGDA**, esta Delegatura adelantó un estudio comparativo para identificar el precio de comercialización de este producto a nivel nacional. Para ello, requirió a los principales agentes que concurren en el mercado desde el lado de la oferta, indagando acerca del precio de comercialización al detal de **SGDA** al consumidor final durante los primeros meses del año. En este análisis se hace énfasis en las presentaciones que oscilan entre 250 ml y 500 ml, en atención a que el producto objeto de la denuncia corresponde a la presentación de 300 ml y que las presentaciones comprendidas en dicho rango tendrían usos similares.

Al respecto, se logró determinar que el precio promedio de comercialización de geles en las presentaciones mencionadas se mantuvo entre los [REDACTED] pesos en los meses de enero y marzo del 2020.

Espacio en blanco

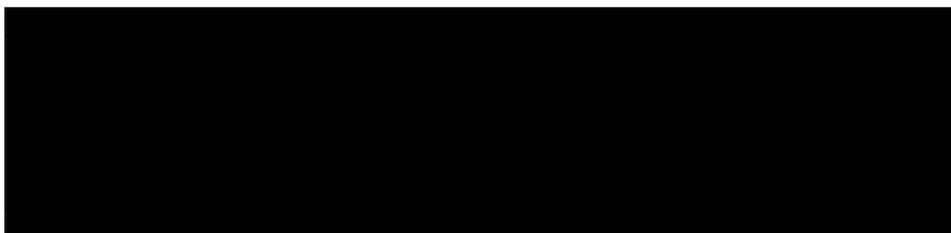
Tabla. Precio promedio de comercialización de geles antibacteriales en presentaciones dentro del rango de 300 ml y 500 ml, entre enero y marzo de 2020

¹⁵ Declaración de **ANDRÉS FELIPE GÓMEZ SALAZAR** desde el minuto 44.50 hasta el minuto 46.57. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FAMILIA/AUDIENCIA VIRTUAL SIC - PRODUCTOS FAMILIA S.A.- (2020-04-30 at 12:03 GMT-7)

¹⁶ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/RECAMIER S.A./SIC Punto 3.xlsx

¹⁷ Declaración de **CLAUDIA MARÍA STERLING POSADA** desde minuto 31.05 hasta el minuto 32.34. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia CRUZ VERDE/Audiencia SIC / Cruz Verde (2020-04-03 at 14:15 GMT-7)

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”



Fuente: Elaboración de la Delegatura con base en la información aportada por **FARMALATAM**¹⁸, **COOPIDROGAS**¹⁹, **FARMATODO**²⁰ y **CRUZ VERDE**²¹.

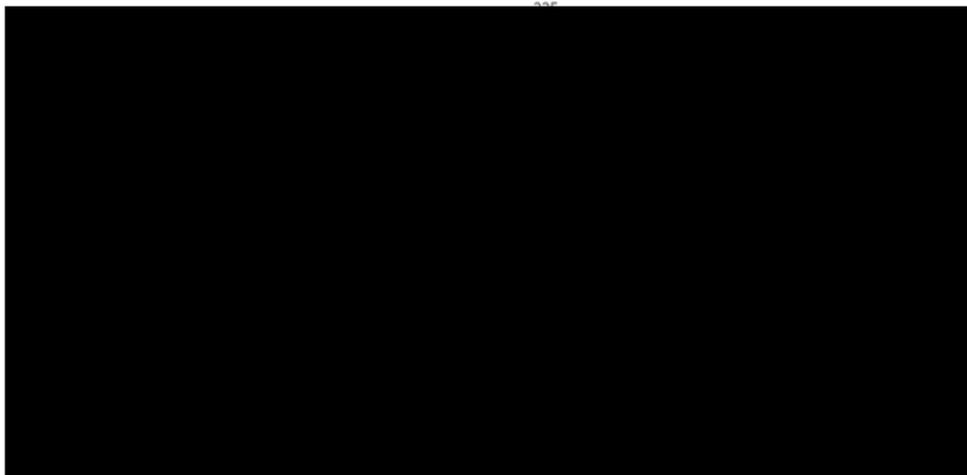
Estos precios corresponden al valor de venta ofrecido a través de todos los canales de comercialización, teniendo en cuenta que las principales droguerías manejan los mismos precios para las ventas que se realizan a través de sus sitios web y de los establecimientos de comercio.

- Caracterización de la demanda ante la pandemia del COVID-19

En atención a la vertiginosa propagación del virus en el mundo y la identificación del primer caso de COVID-19 en el país, se incrementó significativamente el uso de geles antibacteriales y otros productos sanitizantes.

A partir del análisis de la información allegada por **FARMALATAM**, se determinó que durante el período comprendido entre enero y marzo de 2020, la compañía comercializó geles antibacteriales de las marcas **“BACTERION”**, **“BACTRODERM”**, **“FAMILIA”**, **“NATURAL FEELING”**, **“NEW SOFT”**, **“RODHER”**, **“TERAPI SPA XTREME”** y **“VALNIS”** en presentaciones de 35, 40, 100, 130, 250, 265, 300, 405, 490 y 1000 ml. Durante dicho período, el número de unidades vendidas de geles antibacteriales de todas las marcas y presentaciones por parte de **FARMALATAM** creció a una tasa de [REDACTED], pasando de comercializar [REDACTED] unidades en el primer mes del año, a [REDACTED] unidades durante el mes de marzo. En este último mes se identificó el primer caso de COVID-19 en el país y se decretó el Estado de Emergencia a nivel nacional.

Gráfica. Evolución de ventas de geles antibacteriales de todas las marcas y presentaciones por parte de FARMALATAM (1 de enero de 2020 a 15 de abril de 2020)



Fuente: Elaboración de la Delegatura con base en la información aportada por **FARMALATAM**²²

A su vez, el [REDACTED] de la demanda de geles antibacteriales atendida por **FARMALATAM**²³ durante el mes de marzo correspondió al producto denominado “Gel antibacterial con Aloe Vera 300 ml” de la marca Natural Feeling, con [REDACTED] unidades vendidas en el mismo periodo.

¹⁸ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ ANEXO # 2.xlsx

¹⁹ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/COOPERATIVA NACIONAL DE DROGUISTAS DETALLISTAS – COOPIDROGAS/9.13 Ventas Diarias Enero 2020.xlsx 9.14 Ventas diarias Febrero 2020.xlsx 9.15 Ventas diarias Marzo 2020.xlsx

²⁰ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMATODO COLOMBIA S.A./ VENTAS_SIC_REQ_1_5.XLSX

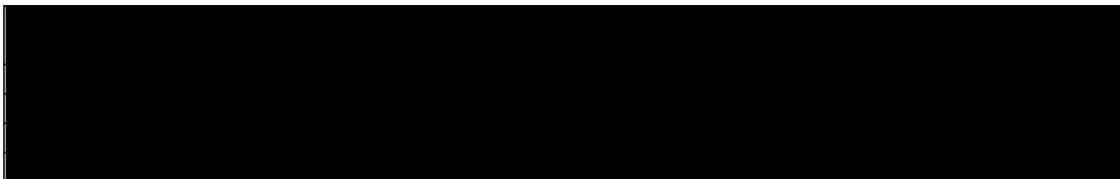
²¹ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/DROGUERÍAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S./ Anexo No. 4 Reporte de Venta.xlsx

²² 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ ANEXO # 2.xlsx.

²³ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Tabla. Venta de geles antibacteriales de todas las marcas y presentaciones por parte de FARMALATAM (1 de enero de 2020 a 15 de abril de 2020)



Fuente: Elaboración de la Delegatura con base en la información aportada por **FARMALATAM**²⁴

Inclusive, se evidencia que **FARMALATAM** ofreció el gel antibacterial de la marca **“BACTRODERM”** en la presentación de 490 ml a un precio de \$14.740, valor que corresponde al 37% del precio fijado para la marca **“NATURAL FEELING”** en la presentación de 300ml²⁵.

- Zona geográfica posiblemente afectada

Como se evidenció mediante consulta realizada en la página web de **FARMALISTO**, marca de **FARMALATAM**, la compañía es una droguería que comercializa los productos de forma virtual. La empresa tiene presencia a nivel nacional a través de su plataforma de comercio en línea y cuenta con redes de distribución en todo el territorio nacional²⁶. Así las cosas, y teniendo en cuenta que la pandemia originada por el COVID-19 ha impactado a 27 de los 32 departamentos del territorio nacional²⁷, así como que de no tomar las medidas sanitarias necesarias podría llegar a afectar todo el territorio nacional, la zona geográfica que posiblemente está siendo afectada por la conducta anticompetitiva investigada en el presente caso corresponde al nivel nacional.

- Descripción del agente relacionado con los hechos objeto de análisis

FARMALATAM COLOMBIA S.A.S. es una compañía constituida en el año 2013, dedicada a la comercialización al por menor de productos farmacéuticos, medicinales, cosméticos y artículos de tocador en establecimientos especializados. De acuerdo con la declaración rendida por **SANDY MARITZA MESA PULIDO**, representante legal de la compañía, **FARMALATAM** se encuentra en situación de subordinación respecto de **FARMALATAM HOLDING**, empresa con domicilio en Panamá y propietaria del 100% de **FARMALATAM**²⁸. Esta última cuenta con un establecimiento comercial (marca) denominado **FARMALISTO**, habilitado por la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD (SDS)** como farmacia. No obstante, únicamente tiene un punto comercial físico habilitado por reglamentación que, a pesar de contar con los requerimientos exigidos por la **SDS**, no se utiliza como punto de venta. El mayor volumen de ventas se efectúa a través de su sitio web <https://www.farmalisto.com.co/> y de su Call Center²⁹.

En la misma declaración **SANDY MARITZA MESA PULIDO** indicó que las compras de **FARMALATAM** se hacen a través de varios distribuidores, dentro de los que se destaca [REDACTED], con una participación aproximada del [REDACTED] sobre el total de las compras. Otros proveedores que fueron mencionados en la declaración fueron [REDACTED], entre otros. La relación entre **FARMALATAM** y sus proveedores [REDACTED]³⁰.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

²⁶ **FARMALISTO**. Página web oficial. Ver: https://www.farmalisto.com.co/?gclid=CjwKCAjw7-P1BRA2EiwAXoPWA3qirDjBnu6lB605btT9yXOv-lxvxUUUYFraTQ0p-mBemLaprD05UhoCSEcQAvD_BwE#

²⁷ **MSPS**. Página web oficial. Ver: https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PET/Paginas/Covid-19_copia.aspx Consultado el 28 de abril de 2020.

²⁸ Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 10.18 hasta minuto 10.47. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

²⁹ Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 12.00 hasta minuto 12.52. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

³⁰ Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 14.35 hasta minuto 22.35. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Según comentó la declarante, a corte de 31 de diciembre de 2019 se habían registrado [REDACTED] usuarios, los cuales habrían efectuado al menos una compra a través de la plataforma <https://www.farmalisto.com.co/>. Para el 5 mayo de 2020, este portal contaría con un total de [REDACTED] productos activos en su plataforma web³¹. El formato del establecimiento de comercio se caracteriza por no mantener inventarios de productos sino rotar diariamente los productos³².

De otro lado, en relación con los precios de comercialización de los productos que se ofertan en la plataforma, **SANDY MARITZA MESA PULIDO**, representante legal de **FARMALATAM**, indicó:

“Delegatura: Cuando se negocian los precios de compra ¿Eso cómo se lleva a cabo o cómo se efectúa esa negociación?”

Sandy Maritza Mesa Pulido: [REDACTED]

[REDACTED] (...)

Las condiciones las fija el distribuidor y ya queda en decisión nuestra si aceptamos o no.

(...)

Delegatura: Y sobre ese precio que se negocia o da el proveedor, ¿cómo calculan ustedes el precio de venta publicado en la página?”

Sandy Maritza Mesa Pulido: [REDACTED]

[REDACTED]³³.

Es importante destacar el papel fundamental que juega el comercio electrónico en los hechos que son objeto de análisis. Según lo previsto en el artículo 49 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 527 de 1999, el comercio electrónico se puede entender como “la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios.” Así, cualquier clase de bien y servicio puede ser susceptible de ser transado a través de internet, pues resulta un canal de ágil acceso y con una variedad casi ilimitada de ofertas de bienes y servicios para satisfacer las necesidades de los consumidores. Además, las facilidades para el acceso a las tecnologías de la información y la creación de diversas plataformas de comercio virtual han facilitado el acceso de una importante cantidad de compradores y vendedores a estos canales de comercialización. Actualmente Colombia ocupa “(...) el cuarto lugar en Latinoamérica en el mayor número de ingresos en términos de ventas, después de Brasil, México y Argentina. Al respecto, en 2018 el país registró ventas por US\$6.000 millones y es la nación que más crecimiento registra en los últimos años y con mejores perspectivas en la región: se espera un incremento de 20% para 2021.”³⁴

En el contexto de la emergencia sanitaria que atraviesa el país a causa de la pandemia del COVID-19 y las limitantes que se han impuesto a la locomoción y restricciones prácticamente totales al comercio presencial, el comercio electrónico cobra un papel aún más relevante porque se erige como un medio seguro, confiable y ágil de adquirir productos de primera necesidad. Los productos declarados como esenciales y sus comercializadores, particularmente en el caso del gel antibacterial, han encontrado en el comercio virtual el medio idóneo para satisfacer las exigencias de los consumidores frente a dichos productos.

³¹ Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 25.12 hasta minuto 25.35. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

³² Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 43.10 hasta minuto 44.07. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

³³ Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 30.46 hasta minuto 32.05. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

³⁴ <https://www.dinero.com/tecnologia/articulo/asi-avanza-el-comercio-electronico-en-colombia/275169>

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

comercio presencial, el comercio electrónico cobra un papel aún más relevante porque se erige como un medio seguro, confiable y ágil de adquirir productos de primera necesidad. Los productos declarados como esenciales y sus comercializadores, particularmente en el caso del gel antibacterial, han encontrado en el comercio virtual el medio idóneo para satisfacer las exigencias de los consumidores frente a dichos productos.

En suma, ante las alarmantes cifras de contagio de COVID-19 y la practicidad del uso de **SGDA** en la desinfección de las manos, en lo corrido del año se ha presentado un incremento importante en su demanda. No obstante, las medidas tomadas por las autoridades competentes y la relativa facilidad de elaboración de estos productos no permiten justificar, en una primera instancia, incrementos que excedan el posible impacto generado por la devaluación sobre el costo de las materias primas, más aún cuando en algunos casos, estas son de procedencia nacional. En consecuencia, y en relación con las conductas objeto de análisis adelantadas por **FARMALATAM**, se establece que el mercado posiblemente afectado en la presente investigación corresponde a la comercialización al detal de **SDGA** a nivel nacional.

DÉCIMO: Una vez caracterizado el mercado afectado que incumbe a la presente actuación, corresponde ahora exponer, con fundamento en el material probatorio recaudado hasta esta etapa, los aspectos fácticos y jurídicos por los que se configuraría una infracción a la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos, contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En primer lugar, se presentará la imputación fáctica que describe el comportamiento de **FARMALATAM** en relación con el incremento injustificado del precio de venta del “GEL ANTIBACTERIAL NATURAL FEELING X 300 ML” (en adelante **NATURAL FEELING**), “GEL ANTIBACTERIAL VALNIS X 1000 ML” (en adelante **VALNIS**) y “GEL ANTIBACTERIAL FRUTOS VERDES X 250ML” (en adelante **FRUTOS VERDES**). Para efectos del presente acto administrativo, en adelante cuando se refiera a **los geles**, se deberá entender que se hace referencia a los productos mencionados en este párrafo. En segundo lugar, se realizará la imputación jurídica, en la que la Delegatura presentará las razones por las que la conducta adelantada por **FARMALATAM** constituiría una infracción a la prohibición general, por la determinación de precios inequitativos en la comercialización de los geles para el período comprendido entre el 11 y 14 de marzo de 2020.

10.1. Imputación fáctica

- Aumento del precio de los geles comercializados por **FARMALATAM** en un corto periodo y sin justificación objetiva y razonable

La Delegatura pudo determinar que **FARMALATAM** habría comercializado los geles a un alto precio y con márgenes de utilidad cuantiosos. Este comportamiento, como se advirtió, se presentó en el marco de la emergencia social, económica y ecológica declarada por el Gobierno Nacional. La situación descrita habría quedado evidenciada en la factura y en el reporte de compras aportado por la investigada³⁵ en el que da cuenta del precio al que **FARMALATAM** adquirió los geles para su posterior comercialización, así como en el análisis de las evidencias que acreditan el precio al que **FARMALATAM** en definitiva comercializó el producto.³⁶

Antes de presentar las pruebas que corroborarían lo anunciado, es importante indicar que la marca “**NATURAL FEELING**” fue concedida por esta Superintendencia a **KOBA** mediante la Resolución No. 1198 del 20 de enero de 2015. Se encuentra registrada dentro de las clases No. 3 y 5 de la Clasificación Internacional de Niza, por un período de 10 años contados a partir de la expedición del acto administrativo que concedió la marca. Este producto es fabricado por **ORIÓN** desde el año [REDACTED] y comercializado de manera exclusiva para las tiendas D1.

Según las evidencias obrantes en el expediente, **FARMALATAM** compró [REDACTED] unidades del gel **NATURAL FEELING** y 2 unidades del gel **VALNIS** a [REDACTED], tal y como consta en el contenido de la factura de venta No. [REDACTED]. Según ese documento, el precio unitario de compra del primero fue de \$6.100, transacción que totalizó la suma de \$927.200 pesos, y que el precio unitario del segundo fue de \$12.900³⁷.

³⁵ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ ANEXO # 2.pdf

³⁶ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ ANEXO # 2.pdf

³⁷ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ RELACION # 7.pdf

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Imagen. Factura de compra expedida por la [REDACTED] a FARMALATAM



Fuente: Información obrante en el expediente. La región sombreada no hace parte de la imagen original³⁰.

Esta compra se habría realizado en días posteriores a la detección del primer caso positivo de COVID-19 en el país, momento en el que se aceleró la demanda por este producto debido a los potenciales efectos del contagio en la población en general. Para este caso, la posible afectación no se concentra en el volumen de las ventas, sino en el margen de utilidad que se habría obtenido por la comercialización de los geles, que como se pasa a revisar, es notoriamente ostensible.

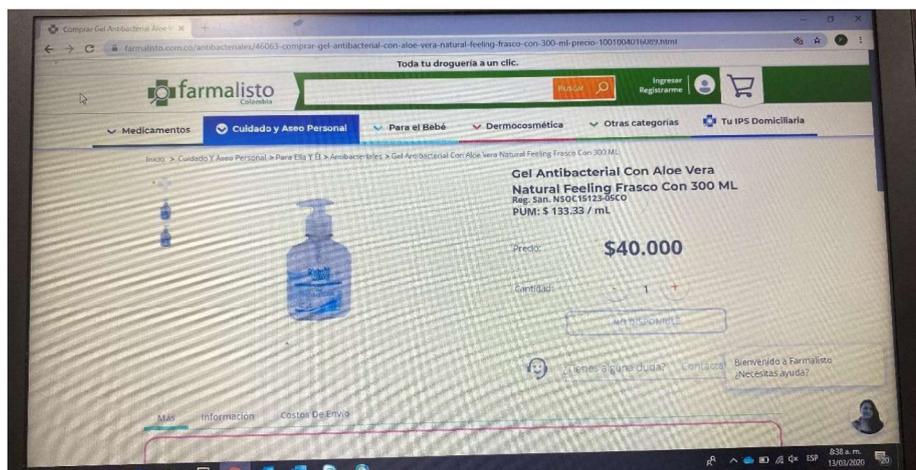
Una vez adquiridas las unidades de los geles, **FARMALATAM** las habría comercializado a través de sus canales de venta (Call Center y página web). En este proceso, presuntamente, registró la venta de 119 unidades de **NATURAL FEELING** a precio de \$ 40.000 pesos por unidad, dos de ellos con descuento del 6 %; 2 unidades de **VALNIS** por valor de \$110.000 la unidad y; 1 unidad de **FRUTOS VERDES** por valor de \$110.000. Según informó **FARMALATAM**, las ventas en cuestión se efectuaron entre el 11 y 14 de marzo de 2020.

A continuación, se muestra el anuncio publicado a través de la página web www.farmalisto.com.co, en el cual se evidencia el precio al que se ofertó el **PRODUCTO**.

Espacio en blanco

³⁸ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”



Fuente: Información obrante en el expediente³⁹

De conformidad con la información obrante en el expediente, para el 15 de mayo de 2020, el producto **NATURAL FEELING** seguía ofertándose en el sitio web mencionado. Sin embargo, se advierte que, una vez verificada la información en el sitio web de referencia, se identificó que no se encuentra disponible y se informó que las futuras entregas dependerán de la disponibilidad en inventario. Además, en este sitio web se indicó que se notificaría al usuario en caso de que se lleguen a obtener nuevas existencias de este producto. Sobre estos supuestos se puede afirmar que la comercialización de este gel antibacterial no se ha descartado por parte de **FARMALATAM**.

Imagen. Anuncio publicado en la página web de FARMALISTO en el que se advierte que el producto se encuentra agotado



Fuente: Consulta Página Web “FARMALISTO”. Link de Consulta:

<https://www.farmalisto.com.co/antibacteriales/46063-comprar-gel-antibacterial-con-aloe-vera-natural-feeling-frasco-con-300-ml-precio-1001004016089.html>⁴⁰

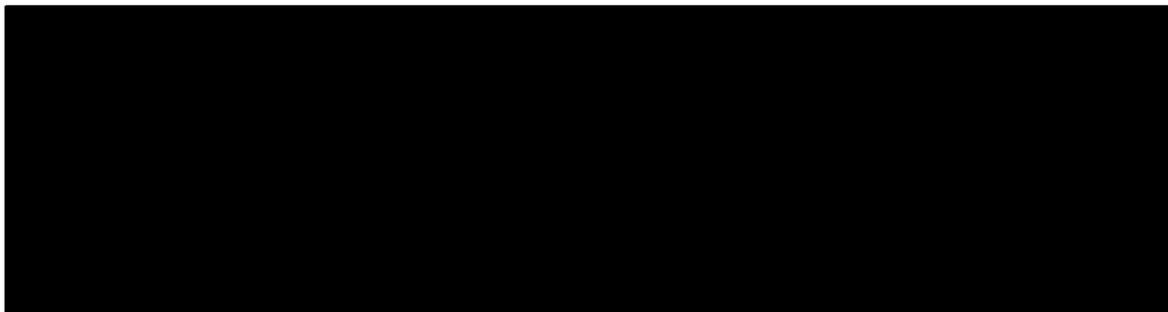
La Delegatura observa una diferencia excesiva entre los costos y precios de venta de los productos anteriormente descritos, los cuales fueron adquiridos por valor de \$12.900 y \$ 8.649, respectivamente. A continuación, se resumen las características de estas ventas:

Tabla. Relación de precios de compra y venta de algunas presentaciones de gel antibacterial - marzo 2020 por FARMALATAM

³⁹ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/20063399-000000001 Denuncia.pdf

⁴⁰ Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”



Fuente: Elaboración de la Delegatura con base en la información obrante en el expediente⁴¹

El mismo reporte de ventas registra 10 unidades adicionales de **FRUTOS VERDES** vendidas a \$18.000 la unidad. Los productos referenciados en la tabla fueron adquiridos el 10 de marzo de 2020 por **FARMALATAM** a [REDACTED]⁴² y la comercialización de estos se habría efectuado el 11 y 14 de marzo de 2020.

Esta Delegatura no encuentra, hasta este punto de la actuación, una razón que permita justificar la amplia diferencia entre el precio de compra y el precio de comercialización de estos productos por parte de **FARMALATAM**. Es importante anotar que el margen de ganancia supera ampliamente el que normalmente obtiene **FARMALATAM**, según lo afirmó **SANDY MARITZA MESA PULIDO**, representante legal de la compañía. Sobre el particular, la declarante informó que el margen de utilidad para la época mencionada oscilaba entre el [REDACTED]

Delegatura: *¿En qué margen de utilidad deben estar este tipo de productos, de guantes, alcohol, los que le mencioné, ¿qué margen de utilidad tienen?*

Sandy Maritza Mesa Pulido: (...) Nuestro margen actual en la comercialización de productos, está entre el [REDACTED]

Delegatura: *¿Y estos productos se ubican dentro de ese margen o variado?*

Sandy Maritza Mesa Pulido: Ha variado. Hubo un tiempo en el que teníamos unos márgenes del [REDACTED] pero en este momento ya se ha estabilizado y en este momento ya está en un [REDACTED]⁴³.

Por otro lado, se destaca que en el periodo de análisis el gel antibacterial **NATURAL FEELING** fue comercializado por **KOBA** a través de sus Tiendas D1 por un precio unitario de \$3.590 pesos⁴⁴. Este producto, al igual que las otras marcas y referencias en geles antibacteriales, han estado sometidos a las fluctuaciones de mercado generadas por la propagación del COVID 19. Las circunstancias advertidas han generado incrementos secuenciales en los precios de venta de **ORIÓN** a **KOBA**, lo que se evidencia en un incremento del [REDACTED] para el mes de marzo y de [REDACTED] para el mes de abril⁴⁵. Aun así, **KOBA** incrementó de forma paulatina la demanda de **NATURAL FEELING** y, en consecuencia, **ORIÓN** aumentó su producción, pues pasó de [REDACTED] en enero a producir [REDACTED] para marzo de 2020⁴⁶.

A pesar del incremento de precio en el producto entregado a **KOBA** para su comercialización en las tiendas D1, es importante destacar que el precio de venta al público se mantuvo durante los meses de enero a marzo por un valor de \$3.590 por unidad⁴⁷. Al respecto, **FERNANDO GONZÁLEZ SOMOZA**, representante legal de **KOBA**, manifestó lo siguiente:

Delegatura: *“Hablemos un poco del precio del gel antibacterial, ¿ha tenido variaciones? Bueno, todo lo que nos pueda hablar del precio en general.”*

⁴¹ Ibidem.

⁴² 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ RELACION # 7.pdf

⁴³ Declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO** desde minuto 37.47 hasta minuto 38.22. Ubicación expediente digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia FARMALATAM/ AUDIENCIA VIRTUAL SIC - FARMALATAN (2020-05-05 at 12:02 GMT-7)

⁴⁴ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/KOBA COLOMBIA S.A.S./Anexo No.4.xlsx

⁴⁵ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/QUIMICA ORIÓN S.A./ Información SIC 04052020.xlsx

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/KOBA COLOMBIA S.A.S./Anexo No.4.xlsx

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Fernando González Somoza: *“En general, si hablamos del producto gel antibacterial, gel líquido, es un producto que generalmente ha tenido una estabilidad de precio, como se puede ver en la información que les hemos enviado, incluso nosotros hemos mantenido el precio, a nivel nacional, porque nuestros precios se definen a nivel nacional con la excepción de algún producto nacional (...) lo hemos mantenido estable en enero, febrero y marzo (...).”⁴⁸*

Lo anunciado quiere decir que **KOBA** sostuvo el precio de venta al cliente final en \$ 3.590 pesos, a pesar de las fuertes presiones que estaba sufriendo por parte del proveedor, como se ha descrito.

- Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se pueden extraer dos conclusiones frente al comportamiento de **FARMALATAM** respecto de la comercialización del gel antibacterial. Por un lado, el precio de venta en las Tiendas D1 de la misma referencia de **NATURAL FEELING** fue de \$ 3.590 pesos, por lo que el precio de \$ 40.000 pesos que fijó **FARMALATAM** es 1.014 % más alto que el establecido en el canal de comercialización que es de propiedad de la marca (Tiendas D1). Por otro lado, el precio de comercialización de **FARMALATAM** fijado en \$ 40.000 pesos tienen un margen de utilidad de 555.7% comparado con el precio fijado por la [REDACTED] (\$6.100 pesos). En este punto es importante resaltar que **KOBA** adquiere este producto del fabricante por un valor de [REDACTED] aproximadamente⁴⁹ y lo comercializa en sus tiendas por el precio de \$ 3.590 pesos⁵⁰.

Así mismo, la Delegatura evidenció que la situación expuesta también se habría extendido a los otros geles referidos. Como se evidenció, hasta este punto de la actuación administrativa, no existen suficientes elementos que permitan justificar el aumento del precio de los geles, por lo que se considera que dicho incremento se dio en un corto periodo, sin una justificación objetiva y razonable. De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, esta Delegatura puede concluir que los geles antibacteriales, productos que pertenecen a la categoría de las **SGDA** y que fueron declarados como elementos de primera necesidad, con base en la Resolución No. 78 de 2020, en concordancia con lo establecido en el Decreto 507 de 2020, habría sido comercializados por parte de **FARMALATAM** a un precio inequitativo o excesivo.

10.2. Imputación jurídica

En la presente sección se presentarán las razones por las cuales la Delegatura considera que las conductas adelantadas por **FARMALATAM** habrían infringido la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al constituirse como comportamientos tendientes a determinar precios inequitativos. Para el efecto se expondrá en este capítulo: (i) el fundamento normativo y jurisprudencial aplicable y su alcance bajo las circunstancias actuales; (ii) el precedente de la autoridad de competencia en materia de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos; (iii) los elementos y condiciones de la prohibición estudiada; y (iv) el análisis de los elementos de la conducta para el caso en concreto.

10.2.1. Fundamento normativo y jurisprudencial aplicable y su alcance bajo circunstancias excepcionales

En este aparte la Delegatura precisará el alcance de la prohibición de ejecutar prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos con fundamento en la normativa y jurisprudencia constitucional. Para ello explicará la función y relevancia del cumplimiento de los postulados que componen el derecho constitucional a la libre competencia económica en el marco del modelo de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política. Luego presentará las consideraciones específicas sobre la prohibición en comento que inciden en el análisis de la posible configuración de la conducta: por un lado, la bien conocida reticencia de algunas autoridades de competencia a aplicar la prohibición, y por otro lado, las circunstancias excepcionales que trae consigo el estado de emergencia a propósito de la pandemia del coronavirus (COVID-19).

⁴⁸ Declaración de **FERNANDO GONZÁLEZ SOMOZA** desde minuto 43.56 hasta minuto 45.10. Ubicación Expediente Digital: 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/AUDIENCIAS/Audiencia KOBA/ Audiencia SIC - Koba (2020-04-03 at 11:02 GMT-7)

⁴⁹ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/PRUEBAS/KOBA COLOMBIA S.A.S./Anexo No.4.xlsx

⁵⁰ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

La prohibición general está contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y prevé lo siguiente:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

En relación con esta disposición, tanto la doctrina de esta Superintendencia como la de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-032 de 2017 –por la cual se declara exequible la citada norma– han identificado en la cita transcrita tres conductas o prohibiciones independientes: (i) los acuerdos que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos o mercancías; (ii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (iii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. Para este caso interesa la tercera de las reglas referidas: la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

La Superintendencia de Industria y Comercio, con fundamento en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, ha resaltado que la libre competencia económica, por un lado, es un derecho de carácter individual y colectivo que supone responsabilidades; y por otro lado, tiene como propósito generar beneficios para los consumidores y promover el adecuado funcionamiento de los mercados. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional y ha hecho énfasis en que la libertad de perseguir un beneficio o lucro individual o colectivo no obsta para desatender la función social de la actividad económica y de la iniciativa privada propia del modelo de economía social de mercado. La función social debe prevalecer para evitar la consolidación de desigualdades sociales y el ejercicio arbitrario o irregular de la actividad económica. En la sentencia C – 263 de 2011 la Corte afirmó que:

“En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad.

Se reconocen dos tipos de libertades económicas: la libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.” (Subrayado fuera de texto)

También, en la Sentencia C-228 de 2010, la Corte resaltó la naturaleza relacional de la garantía constitucional a la libre competencia económica con el fin de llamar la atención al hecho de que con su garantía se protege no solo el interés de los competidores, sino también, y en mayor proporción, el bienestar colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. En palabras de la Corte, *“los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad”*.

La entidad ha dicho a este respecto que la libre competencia es la columna vertebral del sistema de economía social de mercado y constituye:

“la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.”⁵¹ (Subrayado fuera de texto)

De esta manera, siempre que exista el peligro de afectación al buen funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores con ocasión al ejercicio de la actividad económica de las personas, la Superintendencia en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, podrá intervenir para hacer valer los postulados que subyacen al derecho de la libre competencia, en especial su dimensión social.

Veamos ahora algunas consideraciones sobre la aplicación de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos, contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo primero por decir es que la identificación de los elementos necesarios para la determinación de la existencia de una violación al régimen de protección a la libre competencia económica por la fijación de precios inequitativos o excesivos ha sido un asunto ampliamente debatido por la comunidad internacional. En igual sentido, este ha tenido poca aplicación práctica por parte de las autoridades de competencia del mundo, pues no han sido proclives a adelantar casos en los que tengan que pronunciarse sobre la legitimidad de los niveles de precios de los productos o servicios en el mercado. En relación con este aspecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado dentro de su análisis lo siguiente:

*“La facultad que tienen algunas autoridades de competencia para sancionar a agentes del mercado por imponer precios ‘altos’, ‘excesivos’ o ‘inequitativos’, ha sido criticada tanto por académicos como practicantes en diversas jurisdicciones. La reticencia de algunas autoridades de competencia para asumir funciones que podrían acercarse a la regulación de precios no solo se deriva de las profundas dificultades técnicas para determinar el precio ‘correcto’ o el precio ‘incorrecto’, sino también de la creencia unificada en el mundo del Derecho y la Economía de la Competencia de que es mejor dejar la fijación de los precios al libre juego de la oferta y la demanda, a la economía de mercado. Es por ello que la mayoría de las autoridades y practicantes reconocen que la tarea fundamental de las autoridades de competencia es promover y defender las estructuras de mercado competitivas y eficientes, y salvaguardar dichas estructuras de las conductas que realicen los participantes con el objetivo de lesionar la promesa de entregar bienes y servicios de calidad a precios competitivos que está inmersa en los mercados que tienen tales características”*⁵². (Subrayado fuera de texto)

Es importante tener en cuenta que la razón por la cual existe un consenso acerca de que la fijación de precios debería dejarse al libre juego de la oferta y la demanda está relacionada con uno de los principales beneficios que se atribuyen a la institución de la libre competencia económica: la posibilidad de proveer a los consumidores productos y servicios a mejores precios y de mejor calidad. Esto es así porque un mercado que se desarrolla en condiciones de competencia suficientemente efectiva genera para los oferentes presiones competitivas que los incentivan para formular las mejores ofertas que estén a su alcance. En ese contexto de competencia, si un agente decidiera ofrecer precios supra competitivos, los consumidores preferirían a los competidores que mantuvieran sus precios en los niveles competitivos. Así, los competidores del agente referido le generan presiones que determinan su comportamiento y que, de hecho, lo obligan a ofrecer productos y servicios a los mejores precios disponibles a su alcance para efectos de mantenerse en el mercado.

Las consideraciones anteriores han llevado a la Superintendencia de Industria y Comercio a concluir que la interpretación mediante la cual se atribuya sentido concreto a la prohibición materia de estudio, contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, debe cumplir dos condiciones. De un lado, debe corresponder al criterio hermenéutico del efecto útil de las normas y, del otro, debe respetar los propósitos del régimen de protección de la libre competencia económica, previstos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. La interpretación que se preferirá en este caso es aquella que le permita a la autoridad dar pleno efecto a la disposición.

Conviene entonces exponer las circunstancias excepcionales que trae consigo la declaración de la emergencia a propósito de la pandemia del coronavirus (COVID-19) a fin de precisar el alcance de aplicación de la norma para el caso en concreto. Esto también con el propósito de dar cuenta del fundamento por el cual la autoridad de competencia interviene en esta ocasión.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 35143 del 16 de junio de 2017.

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Algunas de las circunstancias que diferencian al estado de emergencia sanitaria de un contexto de normalidad, y que resultan relevantes para el análisis del cumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica, son por ejemplo el impacto de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional (como las previstas en el Decreto 457 de 2020). Estas medidas involucran restricciones a la actividad económica y a la movilidad de los ciudadanos en el territorio nacional. En estas condiciones la oferta tradicional se limita por las restricciones de acceso físico a los establecimientos de comercio y, en consecuencia, el funcionamiento usual del mercado podría verse alterado. En este contexto, las prerrogativas propias de la libertad de competencia –(i) la libertad de entrada al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario– podrían verse restringidas. En paralelo, dado que esas prerrogativas se constituyen como garantías para los consumidores, su afectación impactaría, a su vez, la libertad de aquellos para contratar elegir la mejor oferta *“en términos de precio y calidad de los bienes y servicios”*.

De igual forma, la Resolución 78 de 2020 de los Ministerios de Salud, Comercio, Industria y Turismo y Agricultura, en consonancia con el Decreto Legislativo 507 de 2020, establecieron el listado de productos de primera necesidad y que, hasta que finalicé la emergencia sanitaria, están sujetos a especial control y vigilancia de las autoridades nacional, especialmente de esta Superintendencia por el impacto que puede sufrir el mercado o los consumidores de presentarse hechos anómalos en cualquiera de los eslabones de la cadena productiva de dichos productos.

Dentro de la mencionada decisión interministerial, se indicó que el gel antibacterial pasaría a ser considerado un producto de primera necesidad y sujeto a vigilancia especial por parte de esta Superintendencia en términos del artículo 4 del Decreto Legislativo No. 507 de 2020 y normas especiales transitorias concordantes.

Así mismo es importante resaltar que ante las limitantes propias que impuso sobre los ciudadanos la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el comercio electrónico cobró un papel relevante, pues es el medio más expedito y seguro para la adquisición de una amplia gama de productos y servicios, dentro de los cuales se encuentran el suministro de los productos declarados de primera necesidad, como el gel antibacterial.

Ese contexto, en el que las dinámicas de oferta y demanda podrían verse alteradas por situaciones como la emergencia que atraviesa el país y así mismo las virtudes que presenta el comercio electrónico, puede tener la potencialidad de propiciar la adopción de estrategias comerciales restrictivas o perjudiciales tanto para competidores como consumidores. Algunas de estas estrategias son, por ejemplo, los incrementos sustanciales en el precio de productos que en el marco de la emergencia se requieren, sin una justificación distinta al beneficio individual de los agentes económicos en perjuicio de los consumidores. Es por ello que la aplicación de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 resulta concordante.

10.2.2. Precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de fijación de precios inequitativos

Teniendo en cuenta el carácter abierto de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos, en particular la dificultad para caracterizar un determinado nivel de precios de esa manera, en este aparte la Delegatura analizará los antecedentes de la Superintendencia de Industria y Comercio en la materia. El propósito de este ejercicio es identificar en el precedente de la autoridad de competencia los elementos que entonces fueron determinantes para establecer la configuración o no de la prohibición referida y que ahora deben considerarse al momento del análisis de los hechos particulares. La Superintendencia de Industria y Comercio analizó la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos en la decisión mediante la cual archivó la actuación adelantada contra **FRIGORÍFICO VIJAGUAL S.A. (VIJAGUAL)**⁵³ y en aquella mediante la cual sancionó a **CONCESIÓN AEROPUERTO SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. (CASYP)**⁵⁴.

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011.

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

(i) Caso **VIJAGUAL**

En este caso la Superintendencia analizó si un agente del mercado del sacrificio y faenado bovino, al incrementar considerablemente el precio de ese servicio, habría infringido, por un lado, la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 consistente en la realización de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos; y por otro lado, los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 en el que se consideran las conductas de abuso de posición dominante. En su análisis la autoridad consideró relevantes el estudio de la estructura del mercado (participación del agente investigado en el mercado, su posición de dominio y las barreras de entrada al mercado), las condiciones de competencia en el mercado y las particularidades de oferta y demanda del servicio analizado.

La autoridad también expuso diferentes metodologías que han sido propuestas por la jurisprudencia y la doctrina para definir y determinar precios inequitativos. Para el caso en concreto, conviene resaltar las siguientes consideraciones que fueron relevantes en ese momento. Primero, no es posible calificar a un precio como inequitativo o excesivo, sin entender las particularidades del mercado al que se hace referencia y sin determinar si efectivamente la conducta de una empresa constituye una práctica, procedimiento o sistema tendiente a fijar un precio artificialmente elevado. Segundo, para determinar que una práctica, procedimiento o sistema que tiende o tendió a determinar o mantener precios inequitativos, es necesario que se verifique: i) que en efecto se determinó o mantuvo un precio inequitativo; o ii) que la conducta es idónea para determinar o mantener precios inequitativos. Tercero, la Superintendencia aclaró que si bien para que se tipifique la determinación de precios inequitativos la ley no exige la existencia de posición de dominio de la empresa o empresas investigadas, para el caso concreto la posición del agente en el mercado sí fue relevante en la determinación de la infracción. También conviene resaltar que en esa ocasión la autoridad manifestó que el comportamiento analizado está prohibido tanto por su objeto como por su efecto.

Finalmente, el precedente analizado resaltó la importancia de verificar la existencia de justificaciones objetivas que podrían explicar el incremento de precios materia de investigación. La Superintendencia refirió aspectos como estrategias comerciales ocasionadas por las condiciones del mercado o variaciones de calidad en los productos o servicios correspondientes. Esta consideración permite arribar a una conclusión importante: el incremento de precios, en sí mismo, no es suficiente para calificar el precio resultante como inequitativo. Es indispensable analizar todos los aspectos de contexto disponibles para efectos de determinar si, efectivamente, el nivel de precios resultante no tiene una justificación objetiva y permite al agente de mercado explotar a los consumidores *“mediante la imposición de precios más altos de los que se encontrarían si el mercado estuviera sujeto a una competencia efectiva”*.

(ii) Caso **CASYP**

CASYP era el concesionario para la operación del Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés y, dentro de sus facultades, tenía la de fijar el valor del cargo de acceso a pista para el abastecimiento de combustible a aeronaves. Ese cargo debía ser pagado por el proveedor de combustible, que trasladaría el valor correspondiente a las aerolíneas cuyas aeronaves fueran abastecidas en el aeropuerto. El aspecto objeto de análisis en ese caso consistió en que **CASYP** incrementó sustancialmente el valor de ese cargo de acceso, lo que le representó un incremento de sus ingresos por ese rubro *“del 1.705% (poco más de 17 veces mayor) para el 2011 y de 2.611% (poco más de 26 veces mayor) para el 2012”*.

Para efectos de la presente decisión, deben resaltarse dos aspectos. De un lado, el relacionado con las consideraciones que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo respecto de la elasticidad de la demanda. Del otro, el método que la Entidad empleó para concluir sobre el carácter inequitativo del valor fijado por **CASYP** para el cargo de acceso en cuestión. En relación con el primer punto, la Superintendencia concluyó que para las aeronaves que aterrizaban en el aeropuerto de San Andrés era prácticamente obligatorio repostar en esa terminal. Al respecto la entidad precisó:

“Así las cosas, la necesidad que tienen las aeronaves que llegan a San Andrés de repostar en el aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés convierte al fee de acceso a pista en un elemento esencial para la operación de transporte aéreo. Por lo anterior, la demanda por combustible para aeronaves en dicho aeropuerto es prácticamente inelástica”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Sobre el segundo aspecto, la Superintendencia precisó que la infracción analizada –consistente en mantener o determinar precios inequitativos– se configura mediante *“aquellas conductas encaminadas a la determinación de un precio que no tiene en cuenta las reglas del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda, todo lo cual deberá ser determinado teniendo en cuenta el tipo de productos, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio”*. (Subrayado fuera de texto)

Para efectos de determinar si esas condiciones se habían presentado en el caso analizado, la Superintendencia afirmó que al revisar precios de productos o servicios podrían tenerse en cuenta criterios de mercado relacionados con la contraprestación que el bien ofrece o con los costos correspondientes. Sin embargo, la Entidad tuvo en cuenta que el cargo de acceso a pista para el abastecimiento de combustible de aeronaves no retribuía un servicio –de manera que no tiene un costo con base en el cual se podría determinar el precio competitivo–, pero sí afectaba directamente la operación del transporte aéreo. En ese contexto, precisó que el análisis debía estar encaminado a determinar si el precio fijado *“atiende a criterios económicos o financieros que justifiquen el monto del cargo de cara a las inversiones que requiere la concesión y a la remuneración esperada del contrato”*, para lo cual deberían tenerse en cuenta condiciones de libre mercado como (i) las proyecciones de ingresos realizadas al inicio de la operación, (ii) la evolución real del ingreso correspondiente y (iii) la distribución de riesgos. Con fundamento en esas consideraciones, la Superintendencia concluyó lo siguiente:

“(…) cuando el concesionario establece el precio que va a cobrar por un cargo no regulado que no retribuye un servicio pero sí afecta directamente la operación del transporte aéreo, y lo hace sin sustento económico, desatendiendo el esquema financiero de la concesión, superando con creces las proyecciones económicas y financieras sobre el ingreso no regulado que él mismo presentó ante las autoridades públicas, e ignorando los ingresos que pretendía recolectar por cada cargo, es claro que estará utilizando prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos (...)”.

De lo expuesto en este aparte se puede concluir que el precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio otorga elementos de juicio razonables para valorar los comportamientos de agentes del mercado con el fin de determinar si reúnen las condiciones de configuración de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos. Entre estos se encuentran, por ejemplo, las condiciones de mercado y particularidades del caso, el incremento excesivo y/o inequitativo de los precios y las justificaciones que sobre el mismo existan.

10.2.3. Elementos y condiciones de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos

Sobre la base de las decisiones analizadas, será necesario que la autoridad de la competencia verifique el contexto en el que se presenta el comportamiento evaluado para efectos de determinar si se da la configuración de la conducta. En este sentido, se deberá valorar el nivel de precios objeto de investigación para establecer si los precios son *“más altos de los que se encontrarían si el mercado estuviera sujeto a una competencia efectiva”*. Con ese propósito se podrán tener en cuenta factores de mercado como los costos de los productos o servicios y la prestación que ofrecen. Eso le permitirá a la autoridad establecer si el incremento de los precios podría o no considerarse significativo en el contexto específico que ofrezca el caso particular. Adicionalmente, deberá valorar si existen justificaciones objetivas para explicar los comportamientos de los precios analizados. Por último, la autoridad deberá evaluar si el incremento de precios, que pudiera ser considerado excesivo con fundamento en las consideraciones expuestas, podría dificultar el acceso de los consumidores a los productos y servicios esenciales en las condiciones de contexto que se presenten en el caso.

Con fundamento en todo lo expuesto, para efectos de determinar –con el rigor propio de esta etapa inicial de la actuación– si es factible predicar un carácter inequitativo del nivel de precios establecidos por un agente de mercado en el contexto excepcional de la situación de emergencia sanitaria vigente en Colombia, es preciso adelantar el siguiente análisis:

En primer lugar, deberá partirse de la base de que un precio que –con fundamento en determinados criterios– pudiera considerarse elevado, no es un factor suficiente para reunir los elementos de configuración de la prohibición de mantener o determinar precios inequitativos. Es necesario analizar el nivel de precios objeto de estudio para tratar de establecer si este es significativamente

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

superior a lo que “se encontraría si el mercado estuviera sujeto a una competencia efectiva”⁵⁵. Para ese propósito, deberán tenerse en cuenta todos los factores de contexto relevantes para la fijación de los precios, entre ellos “el tipo de productos, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio”. En particular, podrán emplearse como criterios de comparación el nivel de precios fijado por **KOBA** como distribuidor exclusivo de la marca o el precio de compra por parte de la investigada frente al precio final de comercialización de esta, destacando la variación resultante.

En segundo lugar, será necesario indagar si existe una explicación objetiva relacionada con factores relativos a la oferta o a la demanda que justificarían el incremento develado. Un factor que normalmente podría tenerse en cuenta es el incremento de los costos para la producción o comercialización del producto o servicio en cuestión.

En tercer lugar, en caso de que el incremento no aparezca justificado por factores diferentes al interés de generar una maximización del lucro derivado del ejercicio de una actividad económica, será necesario establecer si el nivel de precios podría generar una afectación al bienestar de los consumidores, materializado en la potencialidad de que el precio en cuestión obstaculice el acceso de los consumidores a bienes de primera necesidad indispensables para mitigar los riesgos en el marco de la emergencia y para enfrentar sus causas.

Así las cosas, podrá concluirse que se configura el comportamiento prohibido si, en un contexto en el que la dinámica de competencia se encuentra debilitada, el agente de mercado, sin ninguna justificación objetiva diferente al interés de maximizar el lucro derivado de su actividad, determina o mantiene precios que sean significativamente superiores a los que se encuentran en el mercado para el mismo producto, aún más si se tiene en cuenta que existe la posibilidad de verificar el precio fijado por el distribuidor exclusivo de la marca en cuestión, identificando claramente los costos de fabricación y los posibles márgenes de utilidad obtenidos. En esas condiciones la libertad para fijar precios, aunque hace parte de las prerrogativas de la libre competencia económica, no permite atender el propósito de esa institución, materializado en cumplir la promesa de entregar bienes y servicios de calidad a precios competitivos. En consecuencia, cuando el mercado no puede generar las condiciones necesarias para que la interacción entre competidores o cualquier otro factor pueda presionar a los agentes para formular las mejores ofertas a su alcance en términos de precio y calidad, la autoridad de competencia debe intervenir con fundamento en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 para promover que la competencia genere los beneficios que la justifican. Esta consideración evidencia un aspecto relevante: si el mercado está en condiciones de generar las correcciones apropiadas de manera independiente, la intervención de la autoridad de la competencia no es procedente.

Finalmente, es importante aclarar que, si bien es cierto que existe un nivel razonable de indeterminación en la tarea de establecer si los niveles de precios tienen un carácter inequitativo en el marco de la emergencia sanitaria, esa circunstancia no impide la realización del análisis correspondiente ni el planteamiento de conclusiones para aplicar la prohibición en cuestión. En efecto, como lo dejó claro la Superintendencia de Industria y Comercio con fundamento en la jurisprudencia constitucional (Sentencia C – 032 de 2017), el contenido de esa prohibición es determinable en condiciones que se adecúan al principio de tipicidad en el marco del derecho administrativo sancionatorio, labor que debe hacerse de conformidad con las pautas hermenéuticas establecidas por la Corte Constitucional al avalar la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

10.2.4. Análisis de los elementos de la conducta para el caso en concreto – imputación a FARMALATAM

Con fundamento en lo expuesto, esta Delegatura considera que el comportamiento de **FARMALATAM**, descrito en este acto administrativo, que tuvo lugar en el marco de la emergencia sanitaria que atraviesa Colombia debido al COVID-19, habría estado encaminado a determinar precios inequitativos en el mercado. En tal sentido, la compañía habría infringido la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo anterior, debido a que la empresa investigada habría comercializado la presentación de GEL ANTIBACTERIAL NATURAL FEELING X 300 ML a

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

un precio 1.014 % más elevado que el establecido por **KOBA** como distribuidor exclusivo de dicho producto, así como un 555.7 % por encima del valor por el que **FARMALATAM** adquirió el producto a [REDACTED]. De igual manera, la Delegatura identificó que la comercialización del gel antibacterial “**VALNIS**” y “**FRUTOS VERDES**”, habría alcanzado márgenes de ganancia que oscilan entre un 752% y 1.171%, en relación con su precio de adquisición.

En una situación como la descrita a través del presente acto administrativo, el afán del consumidor por abastecerse de un bien que se configuró como de primera necesidad generó una dinámica particular en la que se priorizó la adquisición del producto sin importar las condiciones en que este se estuviera comercializando, esto es, presentaciones, marca, características específicas y precios. A ello se debe sumar la importancia que cobra en esta situación el comercio electrónico y la ventaja con que en ello cuenta **FARMALATAM** al pagar por visibilidad en buscadores como Google⁵⁶. Así, la emergencia habría relajado las presiones competitivas en la comercialización de **SGDA**, con lo que se habría facilitado el proceder oportunista de **FARMALATAM** que habría permitido materializar la conducta.

Por lo tanto, **FARMALATAM** habría fijados precios inequitativos para las referencias de gel antibacterial descritas. Así mismo, estas circunstancias demostrarían que la conducta de la compañía investigada no tendría un propósito diferente al lucro individual aprovechando la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19. Este comportamiento habría generado un perjuicio para los consumidores, que requieren productos como el gel antibacterial para mitigar los riesgos de contagio.

Todo lo anterior presenta una circunstancia de agravación si se considera que, desde la propagación mundial del Coronavirus COVID-19, el gel antibacterial –junto con otros productos– ha sido considerado transversal para los intentos de contener y mitigar el contagio del virus en la población en general, condición que a la postre ratificó la Resolución 78 de 2020 en concordancia con el Decreto Legislativo 507 de 2020, al declararlos productos de primera necesidad.

-Significatividad de la conducta

En este punto es importante destacar que la significatividad de la conducta analizada no radica en la cantidad de unidades de **SGDA** comercializada por **FARMALATAM**, ni mucho menos en la duración temporal de la misma. En ese sentido, es importante manifestar que el análisis de significatividad de las actuaciones administrativas adelantadas por esta Superintendencia no solo debe ser realizado con base en criterios de carácter cuantitativo. Sobre el particular, se advierte que el análisis de significatividad es una herramienta discrecional de la Autoridad de Competencia utilizada con la finalidad de establecer qué mercados requieren la intervención del Estado y, con ello, propender por la ausencia de comportamientos que puedan afectar la libre competencia económica.

Sobre esa base, la Delegatura ha determinado que la significatividad puede establecerse, no solo teniendo en cuenta aspectos de carácter cuantitativo, sino también factores cualitativos. Así lo ha sostenido la Delegatura en oportunidades anteriores al indicar que:

“(…) la participación de mercado es solo un factor más dentro del abanico de opciones con que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar si un comportamiento es significativo, no una condición sin la cual no podría predicarse esa significatividad. Tanto es cierto lo anterior que son varias las decisiones en las que se ha considerado significativa la conducta de agentes que, individual o conjuntamente, no reúnen una participación de mercado considerable”⁵⁷.

(Subrayado fuera del texto)

En igual sentido, esta Superintendencia ha indicado que, con la finalidad de realizar una aproximación al concepto de significatividad, se han tenido en cuenta diferentes criterios, tales como la dimensión de mercado, el poder de mercado o el efecto de la conducta. No obstante, esta entidad aclaró que los criterios descritos no corresponden a una lista taxativa que la Autoridad deba tener en cuenta para efectuar el análisis descrito, sino que se podrían utilizar criterios adicionales

⁵⁶ Desde minuto 33.02 hasta minuto 33.14 de la declaración de **SANDY MARITZA MESA PULIDO**

⁵⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Informe motivado caso radicado con el No. 13-198976 (BUREAU VERITAS – TECNICONTRÓL)

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

para efectuar el respectivo estudio de significatividad dependiendo de las características de la conducta endilgada, el producto asociado y el tipo de bien o servicio objeto del análisis.

Esta posición fue sostenida por esta Superintendencia, que indicó en la Resolución No. 63901 del 28 de octubre de 2014 lo siguiente:

“(…) No obstante, es de importancia aclarar que el listado anteriormente dado no es excluyente, razón por la cual, la Delegatura puede hacer uso de criterios adicionales a la hora de analizar el caso en concreto en aras de determinar la significatividad de los hechos indagados”.

(Subrayado fuera del texto)

Conforme con los argumentos expuestos, hasta este punto es dable concluir que el análisis de significatividad es una herramienta de esta Superintendencia que le permite analizar los comportamientos desplegados por los agentes en el mercado teniendo como fundamento criterios cuantitativos y cualitativos.

En este caso, existen elementos de juicio de carácter cualitativo que permiten establecer que los hechos que son materia de estudio en el presente caso cumplen las condiciones de significatividad exigidas en la normativa analizada, relacionada con el régimen de protección de la libre competencia. En ese sentido, es relevante manifestar que la significatividad también puede estar determinada por la necesidad de la autoridad de competencia de ejercer uno de los fines del poder sancionatorio, esto es, la prevención general con la finalidad de vigilar el correcto funcionamiento de los mercados⁵⁸.

Al respecto, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente manera:

“(…) la función sancionatoria de la administración ‘tiene significativo carácter preventivo, constituyéndose ésta en una de sus más sobresalientes notas’. La sanción administrativa tiene por finalidad normativa –y ello constituye la base de la competencia de la autoridad facultada para su imposición– evitar la comisión de infracciones que atenten contra la integridad de los bienes jurídicos cuya protección le ha sido atribuida por el legislador a la autoridad administrativa”⁵⁹.

(Subrayado fuera del texto)

De conformidad con el texto transcrito, la Delegatura encuentra que se puede establecer la significatividad de los comportamientos desplegados por los agentes en el mercado si la conducta atenta contra la integridad de la libre competencia económica en el ámbito en el que tenga lugar, circunstancia que avalaría la intervención de esta Entidad con la finalidad de precisar el carácter reprochable de esta e impedir su difusión en otros ámbitos⁶⁰.

En ese sentido, es importante señalar que, en el marco de las facultades de inspección, vigilancia y control otorgadas a esta entidad, resulta de carácter significativo el estudio de los comportamientos desplegados por los agentes que concurren en el mercado mediante los cuales se pueda infringir el régimen de libre competencia económica y, en especial, para efectos del presente caso, el análisis de los comportamientos que se encuentren relacionados con la emergencia que afronta el país a causa de la propagación del COVID-19. Sobre el particular, como se indicó, los comportamientos objeto de análisis se habrían dado previo a la implementación de las primeras medidas de aislamiento preventivo, días en los que se reportaban los primeros casos de contagio en Colombia y se buscaban diversos mecanismos para minimizar el riesgo de contraer el virus en el desarrollo habitual de las actividades económicas y sociales.

Sobre la base de lo expuesto, es relevante indicar que la gravedad del comportamiento analizado, la posible afectación que generó en el ámbito en que tuvo lugar y el valor de prevención general de

⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 71542 de 2017. Radicación 17-225744.

⁵⁹ “Principio de Favorabilidad en Sanciones Administrativas” Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consultado en línea en el siguiente link: <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Jurisprudencia2003/principiofavorabilidad031.htm>

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 71542 de 2017. Radicación 17-225744.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

estudiar y emitir un pronunciamiento sobre esa conducta son, entre otros factores relevantes, razones que evidenciarían la significatividad del comportamiento materia de estudio⁶¹.

DÉCIMO PRIMERO: De conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009⁶², el investigado tiene la posibilidad de ofrecer garantías con el fin de que se termine anticipadamente la investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas que ha iniciado esta autoridad. Estas garantías consisten en medidas concretas, idóneas, suficientes y directamente relacionadas con las conductas investigadas que debe adoptar la compañía para que la conducta imputada en el pliego de cargos cese, se modifique y no se repita, así como sus efectos negativos se eliminen y se generen efectos sustanciales positivos en el mercado. En este sentido, el ofrecimiento de garantías exige condiciones y elementos estrictos para que sea considerado idóneo para el fin que se persigue, esto es, *“anticipar que a futuro se eliminarán los comportamientos presuntamente anticompetitivos, así como los efectos que se hubieren podido generar en el mercado”*⁶³. Entre estas condiciones se encuentra que las garantías ofrecidas (i) no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley, (ii) deben ser efectivas para cesar o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la apertura, (iii) deberán ser preferiblemente estructurales y (iv) deben ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia⁶⁴.

El plazo máximo que tiene el investigado para ofrecer garantías será hasta el vencimiento del término para solicitar o aportar pruebas. Una vez estudiadas estas garantías por parte del Superintendente de Industria y Comercio, conforme con lo previsto en el numeral 9 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁶⁵, de considerarlo procedente se clausurará y archivará la investigación, sin perjuicio del debido seguimiento y verificación que esta autoridad pueda efectuar posteriormente. Ello debido a que cualquier incumplimiento a las obligaciones estipuladas en la aceptación de garantías puede ser considerado una infracción a las normas de protección de la competencia y da lugar a las sanciones descritas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, según fuera el caso.

DÉCIMO SEGUNDO: De conformidad con el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a continuación se indican las sanciones que serían procedentes en caso de encontrarse que **FARMALATAM** efectivamente incurrió en conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia.

⁶¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado del 28 de agosto de 2017. Radicación 13-198976. (Bureau Veritas).

⁶² **Artículo 16.** *Ofrecimiento de garantías suficientes para la terminación anticipada de una investigación. Adiciónase el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 con un párrafo 1o del siguiente tenor:*

Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)

⁶³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 38327 del 26 de junio de 2012 por la cual *“se acepta un ofrecimiento de garantías”*.

⁶⁴ Estas condiciones han sido previstas en distintos antecedentes de esta Superintendencia. Por ejemplo, la Resolución No. 69844 del 19 de septiembre de 2018 por la que *“se ordena la terminación anticipada de una investigación por aceptación de garantías”* y la Resolución No. 91553 del 18 de diciembre de 2018 por la que *“se decide sobre unos recursos de reposición y se archiva una investigación”*

⁶⁵ **Artículo 3º.** *Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:*

(...)

9. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en el caso de las investigaciones en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga.”

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

De acuerdo con lo establecido por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el agente de mercado, en este caso, **FARMALATAM**, en caso que se demuestre la realización de conductas tendientes a limitar la libre competencia, podrá ser sancionado con multas hasta de **CIENT MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)** o hasta del 150% de la utilidad derivada de la conducta restrictiva de la competencia.

Además de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar la cesación de la conducta sancionada, orden cuyo incumplimiento es a su vez sancionable con las mismas multas arriba descritas. En efecto, según el numeral 61 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Entidad podrá *“[i]mpartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.”*

En mérito de lo anterior, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **FARMALATAM S.A.S.**, identificada con NIT 900.659.494-9, para determinar si incurrió en conductas anticompetitivas por infringir la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **FARMALATAM S.A.S** para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación lleve a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la presentación de descargos frente a la presente apertura de investigación, la solicitud o aporte de las pruebas que pretenda hacer valer dentro del presente trámite administrativo, ofrecer las garantías suficientes de que se suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga y presentar descargos frente a la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días de la remisión de la comunicación correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, la notificación se llevará a cabo por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR la publicación de la presente resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos en la página web de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, el cual modificó el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, el cual modificó el inciso primero del artículo 19 de Ley 1340 de 2009, con el fin de que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de publicación intervengan los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la investigación, aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR el presente acto administrativo una vez surtida la notificación a **KOBA COLOMBIA S.A.S.** identificada con NIT 900.276.962-1 a través de su Representante Legal, o quien haga sus veces, en su calidad de quejoso dentro del trámite.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a la investigada que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, publique el siguiente texto en un diario de amplia circulación regional o nacional:

*“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio **FARMALATAM S.A.S.**, informa que:*

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Mediante Resolución No. 25183 del 1 de junio de 2020 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos contra **FARMALATAM S.A.S.**, identificada con NIT 900.659.494-9. Según la decisión de la autoridad, se investiga la presunta infracción de lo previsto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

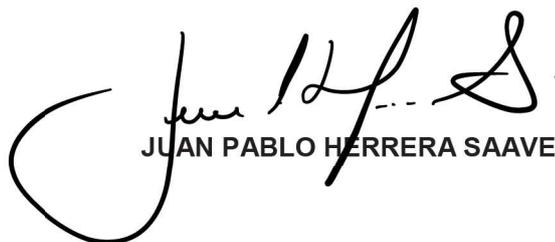
Por lo tanto, en los términos previstos en el artículo 157 del Decreto 019 de 2012 el cual modificó el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrá intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer, en el expediente radicado con el número 20-63399 el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio.”

ARTÍCULO SEXTO: Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., el **1 de junio de 2020**

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia



JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

Proyectó: Joeline Simone Monterrosa Barajas
Andrés Sebastián Caro Cardona
Ligia Marcela Parrado Galvis
Stephanie Carrillo Rivera
Revisó: Francisco Melo Rodríguez
Felipe Alfonso Cárdenas Quintero
Aura María Rodríguez Fierro
Melba Castro Cortés
Aprobó: Juan Pablo Herrera Saavedra

NOTIFICAR A:

FARMALATAM S.A.S.

NIT. 900.659.494-9

Representante legal:

Sandy Maritza Mesa Pulido [REDACTED], o quien haga sus veces

Carrera 36A No. 22 - 68

Bogotá D.C.

sandy.mesa@farmalisto.com.co

COMUNICAR A:

KOBA COLOMBIA S.A.S.

NIT: 900.276.962-1

Representante Legal:

Fernando González Somoza, [REDACTED], o quien haga sus veces

Carrera 7 No. 155C - 30 Edificio North Point Torre E. Pisos 37 y 38.

notificaciones.koba@koba-group.com