

Radicación: 14-103578 – Caso “AESEENAR”

Resolución No. 30396 del 20 de mayo de 2021

**INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Mercado afectado -
Definición e Implicación de la existencia de un mercado de dos lados**

Un mercado de dos lados puede definirse como “mercados en los que una o varias plataformas permiten la interacción entre usuarios finales e intentan mantener ambos lados activos en dicha plataforma mediante cobros adecuados a cada lado”. Lo anterior significa que existe un agente intermediario que busca conectar dos grupos de usuarios, uno a cada lado, con el fin de que exista una relación, que puede o no ser transaccional, entre los mismos. La literatura económica ha reconocido que la existencia de dos o más lados en un mercado tiene implicaciones en la estructura de este, tal y como la formación de los precios, y que usualmente se debe a la presencia de fallas en el mercado como la presencia de externalidades, entre otras.

Lo anterior implica que comportamientos de los agentes en alguno de los dos lados de la plataforma también afecten las dinámicas existentes entre los agentes que interactúan de otro lado de la plataforma, principalmente por la existencia de efectos de red.

**INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Derecho de
asociación y de la libre competencia económica – Definición y límites**

[S]e entiende que el derecho de asociación está consagrado como derecho fundamental, sin embargo, el mismo debe ejercerse conforme a los requisitos y trámites que se requieren teniendo de presente el ordenamiento jurídico vigente; en otras palabras, no se trata de un derecho absoluto.

En este sentido también resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha precisado que uno de los límites a los que se encuentra sujeto el derecho de asociación es la prohibición de abuso del derecho y el respeto de los derechos de los demás.

[L]as personas podrán asociarse para desarrollar libremente sus actividades culturales, políticas, sociales y económicas, como cualquier otro participante del mercado, deberán ceñirse a las excepciones y restricciones que establecen las normas de libre competencia y están sometidas a la inspección, vigilancia y control por parte del Estado como agentes del mercado que son. Así, todas las personas podrán ejercer su derecho de asociación sin desconocer el derecho colectivo que protege el derecho a la libre competencia, de modo que no afecten el funcionamiento del mercado en el que desarrollan su actividad y, por ende, el interés general que, en últimas, protege la libre competencia.

[E]sta Superintendencia reitera que todas las personas podrán ejercer su derecho de asociación sin desconocer el derecho colectivo que protege la libre competencia, de modo que no afecten el funcionamiento del mercado en el que desarrollan su actividad y, por ende, el interés general que, en últimas, es lo que protege la libre competencia.

Es preciso señalar que, esta Entidad elaboró una cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios profesionales, a través de la cual “busca ofrecer lineamientos, recomendaciones e indicaciones que permitan a los agentes del mercado adecuar su actuar a la normatividad vigente y analizar las propuestas de las asociaciones para que no concluyan en conductas anticompetitivas”.

Esta guía establece que una asociación de empresas o profesionales es sujeto pasivo del derecho de la competencia y, por consiguiente, puede ser objeto de investigaciones y sanciones en aquellos casos en que realice o promueva prácticas restrictivas de la competencia, así lo dispone la Superintendencia de Industria y Comercio en los siguientes términos:

“Las decisiones que tomen las asociaciones en desarrollo de su objeto social de agremiación y que, en principio, restringen la libre competencia, se pueden dividir en dos grandes grupos. El primer grupo está relacionado con los requisitos de entrada a la asociación. Una asociación puede afectar la competencia en los mercados cuando los requisitos de entrada que exige dejan de ser objetivos y se convierten en requisitos exclusorios, con lo cual se genera una discriminación en el mercado. Así, los requisitos de entrada a una asociación deben ser lo suficientemente objetivos para que no se entienda o no surja la posibilidad de la creación de un “club de empresas o profesionales” únicamente para algunos competidores del mercado.

*El segundo grupo tiene relación directa con **las acciones llevadas a cabo por la asociación en el giro ordinario de sus actividades, pues mediante ellas se puede crear un escenario óptimo para la violación del régimen de competencia. Específicamente, se refiere a las actividades de la asociación que tengan la potencialidad o que tengan como efecto unificar el comportamiento de sus miembros en cuanto a las diversas variables de***

Resolución No. 30396 del 20 de mayo de 2021

competencia (como precio, calidad, cantidad y servicio), y que afectan la libertad o el actuar individual de cada uno de estos en el mercado.” (Negrilla fuera del texto original).

Nótese de la guía publicada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se reprocha cualquier actividad que tenga como efecto unificar el comportamiento de sus miembros en cuanto a las variables de competencia como en precios, calidad, cantidad y servicio.

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud

El artículo 4 del Decreto 1663 de 1994 dispone lo siguiente:

“Artículo 4. Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, se prohíbe a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares del sector salud al desarrollar su actividad, el adoptar decisiones o políticas internas que tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Dichas conductas tendrán objeto ilícito”.

[L]a normativa considera que las asociaciones son sujetos de investigación y eventualmente de sanción por la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia económica. De esta forma, esta Superintendencia se encuentra igualmente facultada para adelantar investigaciones administrativas e imponer sanciones contra asociaciones y agremiaciones en aquellos eventos en los que incurran prácticas restrictivas de la libre competencia económica.

[N]o pueden confundirse las actividades de protección y vocería de las asociaciones frente a los agentes asociados que participan en un sector determinado, con el estímulo para la unificación de criterios de competencia encaminados a establecer condiciones artificiales de mercado. Por lo tanto, las asociaciones no deben recomendar, sugerir o constituirse en un modo para decidir conjuntamente el contenido de las prestaciones de contratos uniformes, en vista que dichas decisiones, sugerencias o recomendaciones, pueden llegar a ser restrictivas de la competencia, afectar los consumidores y la eficiencia económica.

[L]a conducta puede presentarse por objeto o por efecto. Será simplemente por objeto cuando la actuación realizada por los investigados se adecúe a los supuestos de la norma presuntamente violada y será por efecto cuando, adicionalmente, la conducta conlleve a una efectiva restricción de la competencia en el mercado sea porque afecte a los consumidores (por efectos explotativos) o a los competidores y posteriormente a los consumidores (por efectos exclusorios).

[T]anto en el régimen general de protección de la competencia, como en el régimen especial del sector salud, las asociaciones y agremiaciones son destinatarios de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, el régimen de competencia se aplica “respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

Así, como lo ha señalado la Jurisprudencia, a pesar de que en el sector Salud la legislación establece límites al ejercicio del derecho a la libre competencia, los mismos nunca la eliminan por completo y, en consecuencia, es obligación de los partícipes del mercado actuar en respeto de las normas que protegen la competencia pues, como también se señala, tal respeto propende por la protección del interés público.

INVESTIGACIONES POR INFRACCIONES AL RÉGIMEN DE COMPETENCIA – Debido proceso - valoración del acervo probatorio

[C]uando se trata de la valoración de las pruebas que obran en el Expediente, cabe resaltar que es obligación de la Autoridad de Competencia valorar las pruebas obrantes en cada investigación de forma integral conforme las reglas de la sana crítica. El artículo 176 del CGP expresamente señala:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

Esta Entidad ha referido en los siguientes términos el deber que tiene como autoridad administrativa de realizar una apreciación en conjunto de las pruebas para cada caso, utilizando las reglas de la sana crítica:

Resolución No. 30396 del 20 de mayo de 2021

“Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia de conformidad con el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante “Código General del Proceso” o “CGP”).

En concordancia con lo anterior, abundante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en forma pacífica y uniforme, sostiene que todas las pruebas del proceso forman una unidad y, por consiguiente, deben apreciarse en su conjunto, esto es, en forma integral y que una evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos.

A partir de lo expuesto, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio, la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad de protección de la libre competencia en Colombia”.

Teniendo en cuenta las características y consecuencias de las reglas de la sana crítica en la valoración integral de las pruebas que conforman un expediente judicial o administrativo, debe señalarse que esta Entidad en su condición de autoridad de competencia, una vez valoradas y analizadas todas las pruebas que hacen parte del acervo probatorio, selecciona las que considera pertinentes, útiles y conducentes y que sustenten la materialización de las conductas reprochadas.