



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

RESOLUCIÓN **21855** DE 2022

(**21 ABR 2022**)

Radicación: 20-63399

“Por la cual se archiva una investigación”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 25183 del 1 de junio de 2020 (en adelante “Resolución No. 25183 de 2020” o “Resolución de Apertura de Investigación”)¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante “la Delegatura”) ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **FARMALATAM COLOMBIA S.A.S.** (en adelante “**FARMALATAM**”) para determinar si con su conducta infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia), en lo relacionado con la determinación de precios inequitativos.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa inició como consecuencia del traslado hecho el 13 de marzo de 2020 a la Delegatura de la denuncia presentada por **KOBA COLOMBIA S.A.S. – hoy D1 S.A.S.-** (en adelante “**KOBA**” o “**D1**”) ante la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio². En el mencionado documento, el denunciante manifestó que dos establecimientos de comercio, entre ellos **FARMALISTO**, de propiedad de **FARMALATAM**, se encontraban comercializando productos de marcas de propiedad de **KOBA** a un precio muy superior al comercializado por este último en sus establecimientos de comercio **TIENDAS D1**.

Conforme lo anterior, la Delegatura, en el marco de las funciones otorgadas por los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 y numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, formuló de manera preliminar diversos requerimientos de información y tomó varias declaraciones. Algunas de estas actuaciones se realizaron bajo el radicado número 20-63092, las cuales fueron trasladadas al Expediente de la presente investigación³.

Realizada la averiguación preliminar y por considerar que existían suficientes elementos de juicio para dar apertura a una investigación formal, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mediante la Resolución No. 25183 de 2020, ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **FARMALATAM** por presuntamente haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, específicamente las relacionadas con mantener o determinar precios inequitativos.

¹ Archivo “Resolución de Apertura 25183 de 2020-Versión Pública” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Resolución 25183 de 2020/ Resolución de Apertura 25183 de 2020-Versión Pública. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla del “Expediente” o “Expediente Digital” se hace referencia al radicado No. 20-63399.

² Archivo “20063399--0000 Denuncia.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/20-63399 CUADERNO PÚBLICO/20063399--0000 Denuncia.pdf.

³ Archivo “Constancia Copias 20-63092.pdf” del CUADERNO RESERVADO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/20-63399 CUADERNO RESERVADO/COPIAS RADICADO No. 20-63092 (RESERVADO)/Constancia Copias 20-63092.pdf.

“Por la cual se archiva una investigación”

La imputación encontró fundamento en las siguientes circunstancias:

- **FARMALATAM** compró, en marzo de 2020, al establecimiento de comercio “*Ferretería Bahamón*” un total de 152 unidades del gel anti-bacterial “*Natural Feeling*” de 300 ml, a un valor de \$6.100 COP cada uno. Este producto, fabricado por la empresa **ORIÓN** desde el año 2013 a favor de **KOBA**, a quien le fue concedida la marca por la Superintendencia de Industria y Comercio, es usualmente comercializado de manera exclusiva a través del establecimiento de comercio **TIENDAS D1**.
- De igual forma, **FARMALATAM** habría adquirido 2 unidades del gel anti-bacterial de marca “*Valnis*” de 1.000 ml, a un precio de \$12.900 COP cada uno, y 16 unidades de gel marca “*Frutos Verdes*”, a un precio de \$8.650 COP cada uno.
- Las anteriores compras se habrían realizado el 6 de marzo de 2020, esto es, unos días después de la detección del primer caso positivo del Coronavirus COVID-19 en el país, situación que habría aumentado la demanda de este tipo de productos.
- Una vez adquiridas las unidades de geles anti-bacteriales mencionadas, **FARMALATAM** las habría comercializado a través de sus canales de venta (call center y página web) a un precio muy superior al valor pagado por cada unidad.
- Así, se habría registrado la venta de: (i) 119 unidades del gel “*Natural Feeling*” de 300 ml, a un precio de \$40.000 COP cada uno; (ii) 2 unidades del gel “*Valnis*” de 1.000 ml, a un valor de \$110.000 COP cada uno; y (iii) 1 unidad del gel “*Frutos Verdes*”, a un valor de \$110.000 COP. Las mencionadas transacciones se habrían realizado entre el 11 y 14 de marzo de 2020.
- Para la Delegatura, **FARMALATAM** obtuvo, sin justificación, un margen de ganancia muy superior al usualmente obtenido por la misma empresa y al obtenido por **KOBA**, quien para la época comercializaba su producto “*Natural Feeling*” a un precio unitario de \$3.590 COP.
- Esta conducta habría configurado la práctica anticompetitiva de determinar precios inequitativos, pues **FARMALATAM** habría comercializado, sin ninguna justificación, los productos mencionados a un precio superior en un 500% o más del precio de adquisición y a un precio superior en más de un 1.000% del precio al que otros competidores como **KOBA** lo comercializan en el mercado.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, **FARMALATAM**, mediante escrito radicado con el No. 20-63399-12 del 12 de junio de 2020, presentó ofrecimiento de garantías⁴, las cuales fueron rechazadas por el Superintendente de Industria y Comercio mediante comunicación radicada con el No. 20-63399-16 del 1 de julio de 2020⁵.

A su vez, mediante escrito radicado con número 20-63399-15 del 25 de junio de 2020⁶, **KOBA** solicitó ser reconocido como tercero interesado dentro de la investigación. De dicha solicitud se corrió traslado a **FARMALATAM**, como investigado en la presente actuación administrativa, por medio de la Resolución No. 35100 del 6 de julio de 2020⁷, quien se opuso por medio de escrito con radicado 20-

⁴ Archivo “20063399—0001200001.pdf” del CUADERNO RESERVADO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/20-63399 CUADERNO RESERVADO/20-63399- Ofrecimiento de Garantías FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ 20063399—0001200001.pdf

⁵ Archivo “20063399—0001600001.pdf” del CUADERNO RESERVADO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/20-63399 CUADERNO RESERVADO/20-63399- Ofrecimiento de Garantías FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./20063399—0001600001.pdf.

⁶ Archivo “20063399—0001500001.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Solicitud de Tercería de KOBA COLOMBIA S.A.S./20063399—0001500001.pdf

⁷ Archivo “Resolución 35100 de 2020.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Solicitud de Tercería de KOBA COLOMBIA S.A.S./ Resolución 35100 de 2020.pdf

“Por la cual se archiva una investigación”

63399-26 del 13 de julio de 2020⁸. Finalmente, a través de la Resolución No. 57972 del 21 de septiembre de 2020, el Delegado para la Protección de la Competencia reconoció a **KOBA** como tercero interesado en la presente actuación administrativa⁹.

Finalmente, por medio de radicado No. 20-63399-17 del 7 de julio de 2020, **FARMALATAM** presentó su escrito de descargos¹⁰.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 57972 del 21 de septiembre de 2020¹¹, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió sobre las solicitudes probatorias y decretó de oficio algunas pruebas adicionales. Igualmente, fijó fecha para la audiencia de conciliación prevista en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, la cual tuvo lugar el 19 de octubre de 2020 y fue declarada fallida¹².

Frente a la decisión de rechazo de pruebas, **FARMALATAM** presentó recurso de reposición¹³, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 62726 del 7 de octubre de 2020¹⁴.

Finalmente, mediante la Resolución No. 12810 del 12 de marzo de 2021¹⁵ se cerró la etapa probatoria y se fijó fecha para la audiencia verbal establecida en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

QUINTO: Que la audiencia verbal prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se realizó de manera remota a través de medios electrónicos el 27 de abril de 2021¹⁶.

SEXTO: Que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó el 21 de diciembre de 2021 su informe motivado¹⁷ ante el Superintendente de Industria y Comercio (en adelante “Informe Motivado”) en el cual recomendó “archivar la presente actuación contra **FARMALATAM COLOMBIA S.A.S.**”¹⁸.

Para fundamentar la recomendación, la Delegatura tuvo como sustento los siguientes elementos:

⁸ Archivo “20063399—0002600001.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Solicitud de Tercería de KOBA COLOMBIA S.A.S./ 20063399—0002600001.pdf

⁹ Archivo “Resolución 57972 de 2020.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Decreto y Práctica de Pruebas/Resolución 57972 de 2020.

¹⁰ Archivo “20063399—0001700001.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Descargos FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./20063399—0001700001.pdf.

¹¹ Archivo “Resolución 57972 de 2020.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Decreto y Práctica de Pruebas/Resolución 57972 de 2020.

¹² Archivo “20063399—0009000002.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Audiencia de conciliación/20063399—0009000002.pdf.

¹³ Archivo “20063399—0005500003.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Decreto y Práctica de Pruebas/Recurso reposición FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ 20063399—0005500003.pdf.

¹⁴ Archivo “Resolución 62726 de 2020.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Decreto y Práctica de Pruebas/Recurso reposición FARMALATAM COLOMBIA S.A.S./ Resolución 62726 de 2020.pdf.

¹⁵ Archivo “Resolución 12810 de 2021.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Cierre Probatorio/Resolución 12810 de 2021.pdf.

¹⁶ Archivo “20063399—0012100002.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Audiencia de sustentación verbal/20063399—0012100002.pdf.

¹⁷ Archivo “20063399—0014000001.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Informe Motivado/20063399—0014000001.pdf

¹⁸ Archivo “20063399—0014100001-TRASLADO DESPACHO SUPERINTENDENTE” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Informe Motivado/20063399—0014100001-TRASLADO DESPACHO SUPERINTENDENTE.

“Por la cual se archiva una investigación”

- La conducta de **FARMALATAM** habría tenido lugar en el mercado de comercialización de “*solución o gel desinfectante a base de alcohol (en adelante, SGDA)*” a nivel nacional.
- Se identificó que, en el periodo comprendido entre enero y agosto de 2020, el mercado definido experimentó aumentos en sus niveles de demanda, en la inclusión de nuevas referencias y en los volúmenes de ventas. Adicionalmente, se percibió una relativa estabilidad en los precios promedio de venta, a pesar de algunas variaciones en los niveles de costos de producción.
- **FARMALATAM** ejecutó el comportamiento referido en la Resolución de Apertura de Investigación, sin ninguna justificación.
- En marzo de 2020, la investigada adquirió del establecimiento de comercio “*Ferretería Bahamón*”: (i) 152 unidades del gel anti-bacterial “*Natural Feeling*” de 300ml, a un precio unitario de \$6.100 COP; (ii) 2 unidades del gel anti-bacterial “*Valnis*” de 1.000ml, a un precio unitario de \$12.900 COP; y (iii) 16 unidades del gel anti-bacterial “*Frutos Verdes*” de 250ml, a un precio unitario de \$8.649 COP.
- Entre el 11 y 14 de marzo de 2020, **FARMALATAM** comercializó los productos mencionados, a través de sus canales digitales, de la siguiente manera: (i) 119 unidades del gel anti-bacterial “*Natural Feeling*” de 300ml, a un precio unitario de \$40.000 COP; (ii) 2 unidades del gel anti-bacterial “*Valnis*” de 1.000ml, a un precio unitario de \$110.000 COP; y (iii) 1 unidad del gel anti-bacterial “*Frutos Verdes*” de 250ml, a un precio unitario de \$110.000 COP.
- Los márgenes de comercialización unitarios obtenidos por **FARMALATAM** por la venta de los productos relacionados oscilaron entre un 555% y un 1.171%. Porcentajes muy superiores a los márgenes obtenidos por la compañía históricamente.
- Adicionalmente, los precios fijados por la investigada sobre los productos objeto de análisis fueron muy superiores a los precios promedio de los productos comercializados por otros competidores en el mercado.
- No existió ninguna justificación para el incremento de los precios por parte de **FARMALATAM**. Por esto, se concluyó que los precios fijados por la investigada no obedecieron a la realidad del mercado para la época de los hechos, ni tampoco a la propia política comercial de la compañía sobre la fijación de precios.
- Sin embargo, se recomendó el archivo de la investigación teniendo en cuenta que **FARMALATAM** no contaba con una alta participación en el mercado, situación que, de acuerdo con la Resolución No. 65851 de 2021 de la Superintendencia de Industria y Comercio, se presenta como necesaria para la configuración de la conducta anticompetitiva imputada.

SÉPTIMO: Que conforme a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado tanto al investigado¹⁹ como al tercero interesado²⁰ en la presente actuación.

Que estando dentro del término establecido, por medio de documento enviado el 17 de enero de 2022, con número de radicado 20-63399-142²¹, **FARMALATAM** presentó sus observaciones al Informe Motivado.

¹⁹ Archivo “20063399—0013900002.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Informe Motivado/20063399—0013900002.pdf.

²⁰ Archivo “20063399—0013800002.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Informe Motivado/20063399—0013800002.pdf.

²¹ Archivo “20063399—0014200001.pdf” del CUADERNO PÚBLICO del Expediente Digital. Ruta: Ruta: 20-63399-FARMALATAM-Expediente Digital/ 20-63399 CUADERNO PÚBLICO/Informe Motivado/20063399—0014200001.pdf.

“Por la cual se archiva una investigación”

OCTAVO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, este Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

8.1. La libre competencia económica en el ordenamiento nacional

El ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De la lectura de las normas constitucionales antes citadas, es claro que la libre competencia económica se encuentra establecido como un derecho colectivo dentro del ordenamiento jurídico nacional. Esto, toda vez que genera un beneficio para todos y constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos²². Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor, con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo²³. Al respecto indicó la Corte Constitucional lo siguiente:

“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica

²² Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997.

²³ Corte Constitucional, sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

“Por la cual se archiva una investigación”

*la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores*²⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia, viola un derecho de todos, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por esta razón, proteger la competencia y la rivalidad entre las empresas en los mercados, garantiza unas condiciones de mayor equidad para consumidores y empresarios.

Por su parte, se ha entendido que, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor que incide positivamente sobre el crecimiento y el desarrollo económico. Al respecto, se ha destacado²⁵ que la libre competencia económica genera importantes efectos positivos sobre la demanda y la oferta de un bien y/o servicio considerado. Por un lado, el efecto más conocido e inmediato de mayores grados de competencia en el mercado es la reducción en los niveles de precios. Por el otro, desde el punto de vista de la oferta, un mayor nivel de competencia incentiva a las firmas a preservar, acaso aumentar, su participación en el mercado, buscando satisfacer las expectativas que los consumidores tienen sobre cada una de ellas. Es así como, desde la oferta, mayores niveles de competencia no solo trae consigo el reposicionamiento de la firma si no que, a su vez, genera efectos positivos sobre la productividad e innovación e, incluso, sobre el nivel de empleo.

A su vez, la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos con importantes niveles de competencia tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia²⁶.

Como consecuencia de todo lo anterior, la libre competencia económica se ha erigido como uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que los consumidores se beneficien de precios más bajos y bienes de mayor calidad, a la par que las industrias logren ser más competitivas nacional e internacionalmente y que la competitividad de las empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la libre y leal competencia entre empresas generan beneficios para los consumidores, buen funcionamiento de los mercados y eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otros aspectos. Resulta plausible mencionar, llegado a este punto, que un alto poder de mercado puede tener implicaciones negativas sobre la eficiente asignación de recursos y, por ende, sobre el bienestar económico. Al respecto, Piketty (2014) destaca que el poder de mercado se constituye en una de las principales causas de desigualdad en una economía considerada²⁷.

Por su parte, estudios sobre el impacto de las prácticas restrictivas de la competencia afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales²⁸. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%²⁹ en los precios de los productos o servicios afectados por los carteles o conductas anticompetitivas e, igualmente, muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997.

²⁵ Combe, E. *“La Concurrence”*. Presses Universitaires de France. 2021.

²⁶ Consejo Privado de Competitividad: *“Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia”*. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, *“Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?”* No. 4, 2008.

²⁷ Citado por COFECE. *“Poder de mercado y bienestar social”*. Cuadernos de Promoción de la Competencia. 2018.

²⁸ Connor, J.M. y Lande, R.H. *“Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”*. *Cardozo Law Review* 427. 2012.

²⁹ Levenstein, M. y Suslow, V. *“Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy”*. *Antitrust Law Journal* 71 (3). 2004. Pp. 801 a 852.

“Por la cual se archiva una investigación”

suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

En conclusión, los beneficios de la libre competencia se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas prácticas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, no de todos sino de unos pocos.

De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

En Colombia, puntualmente, el régimen legal de protección a la libre competencia se encuentra desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que deben surtir por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica. Dichos propósitos de las actuaciones administrativas son: **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar general de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica.

Igualmente, como se desarrollará a continuación, la ley otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio las funciones de Autoridad Nacional de Competencia, encargada de hacer cumplir las disposiciones legales que conforman el régimen de libre competencia nacional.

8.2. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Nacional de Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio *“[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención 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”*.

De esta forma, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. Bajo esta calidad *“[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”*.

En este sentido, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras, el *“[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica”*.

Así las cosas, según lo señalado en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

“Por la cual se archiva una investigación”

En consecuencia, es la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad competente para adelantar los procesos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia, teniendo la facultad legal de imponer sanciones pecuniarias y ordenar la terminación de las conductas violatorias del régimen de la libre competencia económica, entre otras.

8.3. Marco Normativo de la presente actuación administrativa

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, a continuación, se presenta la norma jurídica que sirve de marco normativo de la presente actuación administrativa, de forma que este Despacho pueda establecer si la investigada incurrió en las conductas respecto de las cuales se le formuló pliego de cargos.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

“Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios 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”. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta Entidad³⁰ y la propia Corte Constitucional –en sentencia C-032 de 2017, en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959– han identificado tres (3) conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: **(i)** la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; **(ii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y **(iii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En este caso la imputación formulada en la Resolución de Apertura de Investigación corresponde a la tercera conducta, esto es, la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Ahora bien, es relevante anotar que, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe “*ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*”, constituido por el régimen general de la competencia y, también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico.

Bajo este contexto, a continuación, se analizará si se acreditó el comportamiento objeto de investigación y si el mismo se enmarca en la conducta imputada.

Como se expondrá en detalle, en el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio no encontró acreditada la existencia de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar precios inequitativos por parte de la investigada. Lo anterior, toda vez que, hecho el análisis del Expediente, no se evidenció sustento probatorio suficiente para establecer la existencia de los elementos esenciales que deben estar presentes para que proceda el reproche a la conducta imputada a **FARMALATAM** como un posible mantenimiento o determinación de precios inequitativos.

Para llegar a la anterior conclusión, este Despacho estructuró el análisis de la conducta de la siguiente manera: Primero, se realizó un estudio respecto a la práctica anticompetitiva de precios inequitativos, haciendo especial énfasis en los elementos que deben estar presentes a la hora de abordar y sancionar este tipo de conductas, los cuales fueron reiterados en reciente decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio³¹. Segundo, se precedió a estudiar el acervo probatorio contenido en el Expediente, del cual se concluyó que no se encontraron plenamente acreditados los

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 83037 de 2014.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 65851 de 2021.

“Por la cual se archiva una investigación”

elementos esenciales que se requieren para imponer una sanción a la empresa investigada por la conducta imputada.

De esta forma, a continuación, se procede a presentar el análisis mencionado.

8.4. Precios inequitativos

Desde la perspectiva económica y, específicamente, microeconómica, la oferta y la demanda son las fuerzas que permiten caracterizar el comportamiento de los agentes económicos involucrados (productores y consumidores) y la manera como estos interactúan. Derivado de esta interacción, los precios se constituyen en el mecanismo de información más importante de una economía de mercado.

Esta variable es el resultado del libre juego entre la oferta y la demanda y, específicamente, el precio de equilibrio, en un mercado de competencia perfecta, corresponde a aquel en donde no existen ni excesos de oferta ni excesos de demanda ni distorsiones. El libre juego entre oferta y demanda también determina, simultáneamente, la cantidad de bienes y servicios que deben ser producidos al precio de equilibrio.

Ahora bien, es preciso reconocer que el proceso de formación de precios, al depender del comportamiento de los agentes económicos y su correspondiente interacción, está determinado por otras variables, tales como: (i) el número de agentes participantes en el mercado; (ii) el grado de diferenciación del producto; (iii) barreras a la entrada de nuevos competidores; (iv) estructuras de costos; (v) procesos de integraciones verticales u horizontales; (vi) la disponibilidad y calidad de los recursos naturales, humanos y de capital; (vii) la infraestructura; (viii) las instituciones formales e informales; (ix) la ciencia y tecnología, entre otros³².

Un mercado de competencia perfecta se caracteriza entonces, principalmente, por la existencia de un gran número de oferentes y demandantes de bienes homogéneos, en donde las firmas maximizan sus beneficios cuando el precio es igual al costo marginal, los agentes que interactúan son precio-aceptantes y la información es completa y simétrica. En este orden de ideas, cualquier distorsión generada en alguna de las variables anteriormente citadas incidirá en la estructura de mercado, siendo la estructura monopólica -antítesis de competencia perfecta-, aquella que mayores pérdidas irreversibles de eficiencia genera³³.

A efectos de ilustrar lo anteriormente señalado, en la Gráfica No. 1 se presentan los excedentes del consumidor y del productor, así como las pérdidas irreversibles de eficiencia en (i) situaciones de competencia perfecta y (ii) ante la existencia de un monopolio. Así, tal y como lo reconoce la literatura económica, en un escenario de competencia perfecta, el equilibrio estará dado en aquel punto donde la demanda es igual a la oferta, esto es, en el precio P^* y las cantidades Q^* . Desde la perspectiva del bienestar, tanto el excedente del consumidor (EC) como el excedente del productor (EP) son los máximos posibles. Dicho de otro modo, se alcanza la mayor eficiencia económica y, por ende, no existen pérdidas irreversibles de la misma.

En contraposición, ante la existencia de un monopolio, tal y como se muestra en la Gráfica No. 1, la condición de maximización se da en aquel punto en el cual el costo marginal es igual al ingreso marginal (Pa) y cuya cantidad ofrecida a ese precio corresponde a (Qm), siendo entonces este último la cantidad que ofrecería el monopolista. Ahora bien, teniendo en cuenta que los consumidores estarían dispuestos a pagar Pm por Qm , el monopolista establecerá como precio de monopolio Pm . Lo anterior generará no solo que el productor capture la totalidad de la disponibilidad a pagar sino que, a su vez, estará generando pérdidas irreversibles de eficiencia (PIE). Como se ilustra a continuación, esto obedece a que las cantidades efectivamente ofrecidas son menores a las cantidades socialmente

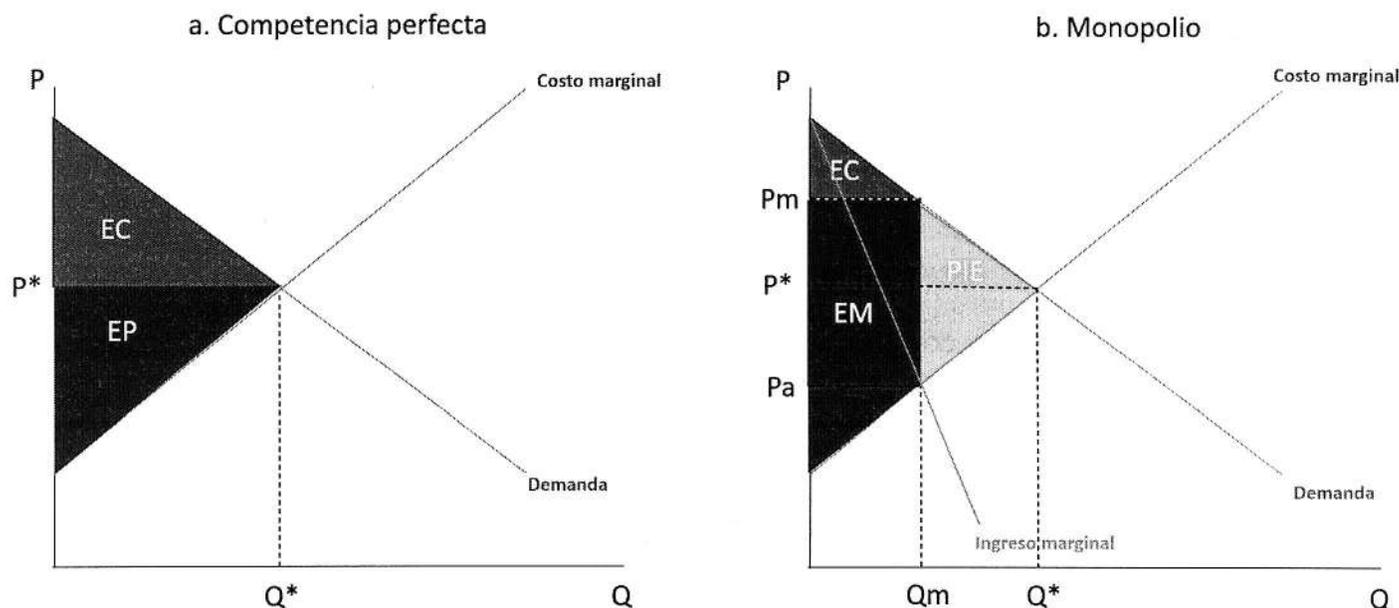
³² Scherer, F. M. "Industrial market and economic performance". Houghton Mifflin, Boston. 1980. Pp. 4-6.

³³ La teoría económica indica que un monopolista maximiza sus beneficios si la condición de primer orden del proceso de maximización se cumple, esto es, la cantidad de producción donde el costo marginal es igual a los ingresos marginales. Demostrado que los monopolistas maximizan las ganancias mediante la restricción de la producción hasta el punto donde el costo marginal es igual al ingreso marginal. (Varian, H.R. "Análisis Microeconómico". Tercera Edición. Antoni Bosch Editor, 1992).

"Por la cual se archiva una investigación"

deseables sin distorsiones (Q^*) y, además, el P_m es superior al precio de competencia perfecta, mostrando de tal manera los efectos explotativos derivados de la estructura imperfecta de mercado.

Gráfica No. 1. Escenarios de competencia perfecta y monopolio



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Entendiendo entonces los factores que inciden sobre la formación de precios, el alto poder de mercado que pueda ostentar un agente económico se presenta como una condición que podría derivar en la fijación de precios por encima de los niveles de un mercado competitivo, cuyo valor se esperaría fuese cercano al precio de monopolio y que podrían llegar a generar un efecto explotativo en el consumidor. Esto, a efectos de maximizar los beneficios en valores cercanos o iguales al de un monopolista. Ahora bien, es de precisar que, con el propósito de mantener dicho poder en el mercado, este agente deberá garantizar el cumplimiento de ciertas condiciones en el tiempo. Así las cosas, tal y como se precisará más adelante, la temporalidad en la cual estará vigente el precio supra competitivo dependerá del grado de dominancia de la firma en el mercado considerado y de las barreras de entrada que este imponga.

Bajo este contexto, la normatividad colombiana en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 condena las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos, los cuales se han entendido en el pasado, como aquellos que, entre otros factores, no tienen en cuenta las reglas del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda³⁴.

Sin embargo, como también se verá más adelante, en la actualidad existen diferentes posturas respecto a la utilidad y aplicación de este tipo de normas en los regímenes de libre competencia económica. Esto debido al surgimiento de múltiples argumentos encaminados a resaltar los posibles efectos negativos en los mercados que podrían derivarse de la intervención por parte de las autoridades de competencia en las políticas de precio de los diferentes agentes del mercado. Teniendo esto en cuenta, corresponde a este Despacho interpretar la normatividad vigente en el país, de forma que permita su correcta aplicación, respetando los propósitos del régimen de libre competencia establecidos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, es decir, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

En esta línea, en una decisión reciente³⁵, la Superintendencia de Industria y Comercio fijó los criterios que deben cumplirse para imponer una sanción en virtud de la norma anteriormente citada. Para determinar dichos criterios, se analizaron los casos anteriores, en donde esta Entidad estudió la normatividad nacional con relación a la condena de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 65851 del 11 de octubre de 2021

“Por la cual se archiva una investigación”

mantener o determinar precios inequitativos. Igualmente, se tuvieron en cuenta las diferentes posturas existentes en los principales ordenamientos jurídicos internacionales respecto al control que debe o no hacer la autoridad de competencia con relación a la imposición de precios excesivos por parte de agentes del mercado. Finalmente, se analizaron las posibles variaciones que este tipo de conductas puedan presentar en situaciones de crisis con aquella generada por la pandemia por COVID-19.

En el siguiente capítulo se presenta el análisis descrito anteriormente, previo a reiterar los criterios delimitados para el análisis de las conductas relacionadas con precios inequitativos y resolver el caso concreto a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

8.4.1. Precios inequitativos en la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio

A continuación se presentará la postura tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio en los más recientes casos en donde ha realizado un estudio de la conducta de precios inequitativos establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Como podrá evidenciarse, esta Entidad a lo largo del tiempo ha delimitado los elementos necesarios para que pueda reprocharse el comportamiento de un agente de mercado a la luz de dicha normatividad.

8.4.1.1. Primeras investigaciones de precios inequitativos

Es relevante mencionar que en las primeras actuaciones a partir de la promulgación de la Constitución de 1991, en donde la Superintendencia de Industria y Comercio analizó la conducta de precios inequitativos a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Autoridad limitó sus funciones a la verificación del cumplimiento de la regulación de precios en determinados sectores. Así, las primeras investigaciones adelantadas culminaron con sanciones en contra de agentes económicos que habrían realizado pagos por fuera de los montos regulados para productos como la leche cruda en determinadas zonas lecheras del país³⁶.

En dichas oportunidades, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó su análisis teniendo en cuenta que, según la ley, se entendería como un precio inequitativo de la leche cruda aquel que resultara de una variación injustificadamente superior entre el precio de venta y el precio de compra del producto, con respecto al promedio histórico de esa diferencia³⁷. Dicho cálculo estaba igualmente regulado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, quien a través de la Resolución No. 021 de 2006 dispuso la fórmula para calcular el precio inequitativo de la leche cruda³⁸.

Así, y teniendo en cuenta que por mandato legal³⁹ era la Superintendencia de Industria y Comercio la entidad facultada para sancionar cualquier violación a la regulación de precios en los mercados de leche cruda en el país a través de la figura de precios inequitativos establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la función de esta Autoridad se concentró, en un primer momento, en la verificación del cumplimiento de la regulación de precios del sector, haciendo que estos primeros casos de precios inequitativos fueran aplicados en situaciones de mercados regulados.

8.4.1.2. Casos VIJAGUAL y CASYP

Posteriormente, el análisis sobre la figura de precios inequitativos comenzó a abarcar mercados que no contaban con una regulación respecto a los precios. De esta forma, en dos actuaciones más

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 33915 del 8 de septiembre de 2008; 33916 del 8 de septiembre de 2008, 33917 del 8 de septiembre de 2008; 10937 del 6 de marzo de 2009; 15224 del 30 de marzo de 2009; 15246 del 30 de marzo de 2009; 15275 del 30 de marzo de 2009; 15290 del 30 de marzo de 2009 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

³⁷ Decreto 2513 de 2005. Artículo 1 “Para los efectos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se entenderá por precio inequitativo de la leche cruda aquel que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio al cual el industrial vende leche y el precio pagado por este al productor, con respecto al promedio histórico de esa diferencia”.

³⁸ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Resolución No. 021 de 2006. Artículo 4.

³⁹ Decreto 2513 de 2005. Artículo 2 “El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural informará a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando tenga conocimiento sobre la posible existencia de prácticas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos en los mercados de leche cruda”.

“Por la cual se archiva una investigación”

recientes, las cuales fueron resueltas a través de las Resoluciones No. 37790 del 19 de julio de 2011⁴⁰ y 76724 del 16 de diciembre de 2014⁴¹, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó el comportamiento de ciertos agentes de mercado para determinar, con base en diferentes factores, si el precio cobrado por estos últimos podía considerarse como un precio inequitativo a la luz del ordenamiento nacional.

En el primero de los casos, decidido a través de la Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011, esta Superintendencia investigó a **FRIGORÍFICO VIJAGUAL S.A.** (en adelante “**VIJAGUAL**”) por la presunta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición dominante) en el mercado del servicio de sacrificio y faenado de ganado bovino en pie para proveer carne fresca en caliente en Bucaramanga y su área metropolitana.

Uno de los aportes más significativos de esta decisión es que hizo alusión a una serie de condiciones que debían estar presentes para la imposición de una sanción por la fijación de precios inequitativos en mercados cuyo precio no estuviera regulado previamente. Así, en primer lugar, se determinó que la conducta de precios inequitativos estipulada en la ley colombiana no requería como condición previa la existencia de una posición de dominio por parte de la empresa investigada, como se ve a continuación:

“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, es importante señalar que, como se indicó en el numeral 8.5 del presente considerando, la empresa Frigorífico Vijagual S.A. ostenta posición dominante en el mercado del servicio de sacrificio y faenado para proveer carne fresca en Bucaramanga y su área metropolitana, el cual es el único matadero que provee este servicio en el área, lo que implica que tal empresa tiene la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mercado; poder que se traduce en la capacidad de definir cantidades, calidades y precios con independencia de los demás agentes que participan en el mismo”⁴². (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta situación, como se verá reflejado en capítulos posteriores del presente acto administrativo, representa una particularidad del régimen colombiano de protección de la libre competencia, pues en la mayoría de jurisdicciones el reproche a la imposición de precios altos se hace únicamente a través de la figura de abuso de posición dominante.

No obstante lo anterior, en segundo lugar, esta Superintendencia encontró como fundamental a la hora de analizar este tipo de conductas, tener como factor relevante la estructura del mercado estudiado, toda vez que la intervención de la autoridad de competencia solo se encontraría justificada en mercados con presencia de altas barreras de entrada para nuevos competidores:

“En este orden de ideas, y con fundamento en lo anteriormente expuesto, este Despacho considera que 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. Asimismo, se resalta la importancia de la presencia de altas barreras a la entrada en el mercado analizado para que se justifique la intervención de la autoridad de competencia en una investigación por precios excesivos”⁴³. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁴⁰ Caso “*Vijagual*”, por medio del cual se archivó la investigación en contra de **FRIGORÍFICO VIJAGUAL S.A.** por posibles conductas restrictivas de la competencia dispuestas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

⁴¹ Caso “*CASYP*”, por medio del cual se sancionó a la **CONCESIONARIA AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. – CASYP** por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a la fijación de precios inequitativos.

⁴² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011. P. 34.

⁴³ *Ibíd.* P. 40.

“Por la cual se archiva una investigación”

Aunque no se estableció un parámetro para definir qué se entendía por “alta” barrera de entrada, la Superintendencia de Industria y Comercio sí dejó plasmada su posición en cuanto a que, como requisito para la intervención en contra de los precios posiblemente inequitativos, dichas barreras debían ser de tal nivel, que se volvieran “insuperables” para los nuevos competidores.

*“Finalmente, es importante señalar que **el hecho de que exista presencia de competidores de Vijagal en otros mercados geográficos, sugiere que el mercado en cuestión no comporta barreras insuperables a la entrada, lo cual, de acuerdo con lo expuesto en párrafos anteriores, es requerido para que las autoridades de competencia intervengan en contra de los precios supuestamente excesivos**”⁴⁴. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En tercer lugar, se hizo énfasis particularmente en que el reproche a la conducta de precios inequitativos en Colombia era consecuencia de los efectos explotativos que podían tener este tipo de conductas anticompetitivas en los consumidores, diferenciándola de otras conductas de imposición de precio que, por lo general, presentaban efectos exclusorios (Ej. precios predatorios, descuentos de fidelidad y reducción selectiva de precios). Así, se lee de la decisión estudiada:

“En ciertas situaciones, los intereses de los consumidores se perjudican directamente con el comportamiento de las empresas que aprovechan su poder de mercado para procurarse, en detrimento de sus clientes, una ventaja que el juego normal de la competencia no les habría permitido obtener. Lo anterior, pese a que no se produzcan efectos en la estructura de la competencia, es decir, sin que la conducta afecte directamente a los competidores.

En estos casos, se dice que existe un abuso explotativo, donde los consumidores se ven afectados por la conducta de la empresa dominante. En este sentido, se tiene que en los abusos explotativos, las empresas dominantes usan su poder de mercado para explotar a sus consumidores directos, generalmente mediante la imposición de precios más altos de los que se encontrarían si el mercado estuviera sujeto a una competencia efectiva.

*En este orden de ideas, se tiene que dentro de las conductas abusivas desplegadas por las empresas, se encuentran las relacionadas con la imposición de precios. **La gran mayoría de estas conductas atañen a “abusos de exclusión”**, por ejemplo las estrategias de fijación de precios adoptadas por empresas dominantes con el propósito de excluir a sus competidores en el mercado concurrente o en mercados conexos, las cuales incluyen prácticas como precios predatorios, descuentos de fidelidad y reducción selectiva de precios. **Solo una minoría de los casos corresponde a los llamados “abusos de explotación”, los cuales comportan, como ya se dijo, escenarios donde una empresa dominante es acusada de explotar a sus consumidores mediante conductas como la imposición de precios excesivos***

*Así, se tiene que las prohibiciones de fijación de precios se usan para casos de explotación y de exclusión, por ejemplo, **precios excesivos que son demasiado altos (explotación)**, y precios predatorios que son demasiado bajos (exclusión)”⁴⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Como puede observarse, la Resolución No. 3779 de 2011 indicó que la imposición de precios inequitativos hacía parte de los comportamientos restrictivos de la competencia que conllevaban a la existencia de efectos explotativos, los cuales afectaban directamente los intereses de los consumidores debido a un aprovechamiento abusivo del poder de mercado de determinado agente.

Finalmente, se concluyó que VIJAGUAL no había incurrido en la conducta de precios inequitativos y, por ende, se ordenó el archivo de la investigación. Entre otras razones, se adujo que existían elementos que sugerían que el mercado investigado no comportaba barreras “insuperables” de

⁴⁴ Ibidem. P. 47

⁴⁵ Ibidem. P. 36.

“Por la cual se archiva una investigación”

entrada⁴⁶, elemento que, como fue mencionado, era esencial para determinar si la autoridad de competencia debía intervenir o no.

Adicionalmente, vale la pena resaltar que en aquella oportunidad la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que algunos mecanismos para establecer el carácter de inequitativo del precios, como aquellos basados en la comparación de precios entre competidores y de distintos mercados geográficos, podían presentar algunos inconvenientes, toda vez que las diferencias podían responder a las estructuras particulares de cada mercado y a la calidad de los bienes y servicios ofrecidos por cada competidor. Igualmente, se reconoció que la presencia de precios altos podía promover la entrada de nuevos competidores al mercado, por lo cual era perjudicial forzar la reducción de diferencias de precios entre competidores.

Años más tarde, esta Superintendencia tuvo ocasión de conocer, analizar y resolver un nuevo caso en el que se investigó el comportamiento de la **CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. –CASYP–** (en adelante, “CASYP”) en el mercado del servicio aeroportuario de abastecimiento de combustible a aeronaves en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés (SKSP). La investigación buscó determinar si CASYP había incurrido en (i) un acuerdo para la fijación de precios (numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); (ii) un acuerdo para subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto de un negocio (numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); y (iii) la implementación de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o fijar precios inequitativos (artículo 1 de la Ley 155 de 1959).

Frente a la conducta que aquí interesa –implementación de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o fijar precios inequitativos– en la Resolución que decidió la actuación – Resolución No. 76724 del 16 diciembre de 2014– se inició sosteniendo que:

*“No obstante lo anterior, e **independientemente de las diversas posiciones extranjeras sobre la persecución de precios inequitativos, es claro para este Despacho que la normatividad colombiana, en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, condena las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, y que la SIC debe dar una interpretación que otorgue efectos útiles a dicha norma dentro del ordenamiento jurídico colombiano.** En otras palabras, en el caso concreto, la Superintendencia debe interpretar la norma del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 de forma tal que tenga un efecto útil, pero que al mismo tiempo respete los propósitos de la aplicación del régimen de competencia establecidos en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009; es decir, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

Para este Despacho, constituyen prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, 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 producto, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio.

***La importancia de estudiar el contexto en el que se analiza la conducta tendiente a fijar un precio determinado radica en que las condiciones de mercado que se deben tener en cuenta para cada caso concreto son diferentes.** Así, por ejemplo, es claro que un monopolista o empresario dominante puede fijar sus precios hasta el punto en el que sea la propia demanda la que le ponga un límite, evento en el que la Autoridad de competencia deberá actuar con suma cautela al decidir aplicar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959⁴⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Como se observa, esta Superintendencia reiteró que, conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos debían

⁴⁶ Ibídem. P. 47.

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014. Pp. 75 y 76.

“Por la cual se archiva una investigación”

considerarse como infracciones al régimen de la libre competencia económica en Colombia. Así mismo, estableció una definición de dichas prácticas, como “*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*”. Finalmente, resaltó que era de especial relevancia el estudio del contexto en el cual se analizaría la conducta (tipo de producto, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio).

Por otro lado, afirmó que este tipo de prácticas anticompetitivas tenían un carácter excepcional, pues no correspondía a la autoridad de competencia entrar a regular un mercado en el que un agente, por mérito propio, hubiere logrado cobrar precios superiores a los competitivos. Así, se indicó al respecto:

*“Mal haría esta Superintendencia en entrar a regular un mercado por el simple hecho de que un agente ha logrado por sus propios méritos competitivos una posición que le permite cobrar precios supra competitivos, posición que ha logrado siendo más eficiente, prestando mejores servicios, entregando mayor calidad etc. **No puede una autoridad de competencia incentivar a los agentes que participan en mercados de bienes o servicios a competir, y una vez han sido exitosos en la adquisición de un poder de mercado, imponer sanciones por disfrutar los réditos de una posición que ha sido ganada legítimamente a través del cobro de precios que están por encima de los costos.** Adoptar una política como esta enviaría al mercado mensajes contradictorios que, en últimas, desincentivarían a los agentes a competir vigorosamente, al castigar a aquel que legítimamente ha ganado una posición privilegiada en el mercado.*”

Es precisamente esta, una de las preocupaciones más fuertes de las autoridades de competencia cuando piensan en la posibilidad de imponer límites a los precios que fija un agente con poder de mercado: desincentivar la competencia, la innovación, y eliminar ese incentivo a alcanzar un poder en el mercado por medios legítimos que produce innovación y crecimiento económico”⁴⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Nótese que se dejó sentado que la intervención de la autoridad de competencia en los casos de precios inequitativos debía estar justificada y ser excepcional, pues existía el riesgo de que al establecer límites a los precios fijados por un agente de mercado se castigara la competencia e innovación, eliminando el incentivo a alcanzar un poder de mercado a través de medios legítimos.

Finalmente, se hizo énfasis particular sobre la fijación de precios inequitativos por parte de las concesiones aeroportuarias, en los siguientes términos:

*“Para esta Superintendencia, **un concesionario aeroportuario incurre en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos cuando no 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.** Es decir, el concesionario puede fijar el precio de los cargos que no son servicios ni tampoco tienen una contraprestación tangible para quien debe soportarlos, pero **deberá tener en cuenta para ello las condiciones de libre mercado,** tal y como se establece en el contrato de concesión firmado por CASYP.*”

(...)

*En este orden de ideas, **cuando el concesionario establece el precio que va a cobrar por un cargo no regulado que no retribuye el 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, que es precisamente lo que reprocha el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.***”

En efecto, desatender las condiciones económicas del concesionario en la fijación del precio y, por el contrario, utilizar sistemas que están alejados de una proyección financiera justificada,

⁴⁸ Ibidem. P. 76.

“Por la cual se archiva una investigación”

sería considerar que el concesionario no está sujeto a las condiciones del mercado que justifican el cobro de cargos no regulados, lo cual no solo es alejado del modelo económico colombiano sino de los propios y específicos mandatos de la concesión, como con anterioridad se indicó⁴⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con lo anterior, los concesionarios deberían, al momento de fijar cargos -que no son servicios ni tampoco tienen una contraprestación tangible para quien debe soportarlos-, tener en cuenta las condiciones de libre mercado. Así mismo, el concesionario también debería tener un sustento económico que se encuentre en consonancia con el esquema financiero de la concesión con el fin de no incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos.

Hecho el análisis del caso, la Superintendencia concluyó en aquella oportunidad que **CASYP** había infringido la prohibición general de competencia al haber establecido un procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos para el *fee* de acceso a pista en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla (SKSP) de San Andrés.

De esta forma, es posible concluir que a través de las anteriores decisiones (casos **VIJAGUAL** y **CASYP**), la Superintendencia de Industria y Comercio comenzó a desarrollar una serie de elementos que, en su criterio, debían estar presentes a la hora de sancionar una conducta de precios inequitativos, dándole alcance al artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así, se estableció que la Autoridad de Competencia, a la hora de analizar una conducta anticompetitiva de este tipo, debía tener en cuenta lo siguiente:

(i) Que, si bien en Colombia no se requiere la existencia previa de una empresa con posición de dominio para la aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Autoridad debe realizar un análisis de la estructura del mercado estudiado, pues la intervención de la Autoridad será justificada en el escenario en que se presenten insuperables barreras de entrada para nuevos competidores⁵⁰;

(ii) Que la conducta de precios inequitativos se considera reprochable en la medida en que conlleva a la existencia de efectos explotativos sobre los consumidores finales⁵¹;

(iii) Que por precio inequitativo debe entenderse “un precio que no tiene en cuenta las reglas del mercado y el libre juego de la oferta y la demanda”⁵²;

(iv) Que mecanismos para establecer la existencia de precios inequitativos basados en la comparación de precios entre competidores y de distintos mercados geográficos pueden presentar algunos inconvenientes⁵³;

(v) Que la presencia de precios altos puede promover la entrada de nuevos competidores al mercado, por lo cual parecería perjudicial forzar injustificadamente la reducción de diferencias de precios entre competidores⁵⁴; y

(vi) Que, por tanto, la intervención de la autoridad de competencia en los casos de precios inequitativos debe estar justificada y ser excepcional, pues existe el riesgo de que al establecer límites a los precios fijados por un agente de mercado se castigue la competencia e innovación, eliminando el incentivo a alcanzar un poder de mercado a través de medios legítimos⁵⁵.

⁴⁹ *Ibidem* pp. 77 a 78.

⁵⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011.

⁵¹ *Ibidem*.

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

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

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 diciembre de 2014.

“Por la cual se archiva una investigación”

8.4.1.3. Caso INMADICA

En 2021, la Superintendencia de Industria y Comercio archivó la investigación en contra de la empresa **INMADICA ANDINA S.A.** (en adelante “**INMADICA**”), por la presunta comisión de una conducta tendiente a mantener o determinar precios inequitativos en el mercado de comercialización de Elementos de Protección Personal (EPP), específicamente, de las gafas de seguridad, caretas de protección fácil, máscaras de protección con filtro y trajes de protección corporal, en el territorio nacional.

La decisión tuvo lugar toda vez que no se encontró sustento probatorio suficiente para establecer la existencia de los elementos esenciales que, en criterio de la Superintendencia de Industria y Comercio, deben estar presentes para que proceda el reproche a un aumento de precios por parte de un agente de mercado como una fijación o mantenimiento de precios inequitativos, en los términos del régimen de libre competencia en Colombia.

En dicha ocasión, la Superintendencia de Industria y Comercio, luego de un cuidadoso estudio respecto a la práctica anticompetitiva en cuestión, fijó una serie de elementos que deben estar presentes a la hora de sancionar una conducta anticompetitiva consistente en la fijación de precios inequitativos por un agente de mercado.

En ese sentido, se estableció que la intervención de la Autoridad debe estar justificada, de forma que no se afecte el proceso competitivo ni se generen desincentivos para los participantes de los mercados de competir, innovar y buscar desarrollar bienes y servicios más baratos y de mejor calidad.

En este orden de ideas, la Resolución No. 65851 del 11 de octubre de 2021, por medio de la cual se archivó la investigación en contra de **INMADICA**, sostuvo que, en primer lugar, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá analizar la estructura del mercado estudiado en cada caso, a fin de establecer **(i)** la existencia de un agente económico con alta participación y un significativo poder de mercado; y, **(ii)** la presencia de altas barreras de entrada. Lo anterior, toda vez que bajo estos supuestos existe una mayor probabilidad de que el bienestar económico se vea potencialmente afectado.

En segundo lugar, y únicamente en el escenario que los supuestos mencionados en el párrafo anterior se cumplan, podrá la Autoridad entrar a establecer la condición de inequitativo del precio cobrado, para lo cual deberán tenerse en cuenta distintos criterios, como los valores históricos de inversión, diferencia entre precio-costos y persistencia en el tiempo del precio cobrado. Esto, con el fin de evitar que la intervención de la autoridad de competencia desincentive la entrada de nuevos competidores, la participación de los ya existentes, la presencia de menores precios en el mercado, así como el acceso a mayores y mejores bienes y servicios.

Finalmente, y en tercer lugar, se afirmó que el análisis deberá ser realizado tanto en situaciones que podrían considerarse “normales”, como en escenarios “atípicos”, como es el caso por ejemplo de una pandemia. En este último escenario, el estudio por parte de la Autoridad deberá tener en cuenta un riguroso análisis de los factores endógenos y exógenos que inciden en las fuerzas del mercado (oferta y demanda), así como la aparición de nuevos y potenciales competidores⁵⁶, sumado a un análisis cuantitativo de la evolución histórica de los precios promedio del bien investigado y su respectiva comparación con **(i)** el precio promedio histórico de los bienes sustitutos y/o de sus competidores; y, **(ii)** con el precio promedio histórico del bien objeto de análisis en otros mercados geográficos.

De esta forma, a través de este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio fijó de manera expresa el análisis que debe realizarse, y las circunstancias que deben estar presentes, para que proceda el reproche a una conducta encaminada a mantener o determinar precios inequitativos, en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

⁵⁶ *Ibidem*. “Hopefully, they will not be enforced so strictly, but rather in line with the jurisprudence. Especially because, as argued above, when supply is responsive, a strict enforcement of price ceilings would kill any (badly needed) production increase”.

“Por la cual se archiva una investigación”

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, a continuación se presentará las posturas tomadas por algunas de las más importantes jurisdicciones a nivel mundial respecto a este tipo de conductas, para posteriormente reiterar los criterios delimitados por esta Superintendencia y que deben estar presentes a la hora de analizar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar precios inequitativos a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

8.4.2. Precios excesivos en la jurisprudencia y doctrina internacional

Como fue anunciado anteriormente, en la actualidad existen marcadas diferencias entre las distintas jurisdicciones respecto a la posición que deben tomar las autoridades de competencia frente a la figura de precios excesivos⁵⁷. Algunos países prohíben en mayor medida dichas prácticas, mientras que otros consideran que el cobro de precios altos no debería ser controlado por las autoridades de competencia, en razón a que el mercado tiene la capacidad de auto-corregir cualquier exceso en precios por empresas dominantes, principalmente dado que conductas de naturaleza explotativa atraen nuevos competidores al mercado⁵⁸.

Como será detallado a continuación, por ejemplo, en Estados Unidos se ha considerado que una economía no regulada es esencialmente competitiva, siempre que se prohíba la creación de barreras artificiales de entrada al mercado⁵⁹. Este enfoque hace énfasis en el funcionamiento del mercado y su capacidad de auto regularse, evitando el abuso por parte de monopolios. Por este motivo, esta jurisdicción se ha caracterizado por promover una política no intervencionista, en la cual los precios altos, cobrados por una empresa dominante, no son, por si mismos, considerados como una violación al régimen de competencia⁶⁰.

Por el contrario, el régimen legal vigente en la Unión Europea, como se verá más adelante, refleja un mayor escepticismo respecto a la habilidad de los mercados de auto-regularse y erradicar los efectos negativos del abuso por parte de los monopolios⁶¹. En este sentido, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece la posibilidad de las autoridades de competencia de sancionar la imposición de precios excesivos como una conducta de abuso de posición de dominio.

Así las cosas, y reconociendo la importancia que tienen hoy en día el derecho *Antitrust* de los Estados Unidos y el derecho de la competencia de la Unión Europea en la aplicación e interpretación de este régimen legal en otros países, como es el caso de Colombia, a continuación, se presentará un resumen de la forma como estas dos jurisdicciones han desarrollado su doctrina y jurisprudencia sobre la materia, específicamente en lo relacionado con la forma como dichas autoridades de competencia enfrentan la imposición de precios altos.

Posteriormente, se analizarán algunos ejemplos de la forma como autoridades de América Latina se han acercado a la figura de precios excesivos. Como se verá, existe una variada aplicación de este tipo de normas entre los países latinoamericanos, situación que comporta gran interés para el análisis que se encuentra haciendo esta Superintendencia del presente caso.

⁵⁷ Jenny, F. “*Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: An assessment*”. Septiembre 11, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382.

⁵⁸ No obstante, existe igualmente literatura especializada que afirma que en algunas oportunidades los precios excesivos no facilitan la entrada de nuevos competidores, por cuanto tales precios no necesariamente reflejan la ineficiencia de la empresa pre-establecida. En ese sentido, consideran que es el precio posterior a la entrada y no el precio de pre-entrada, el que los competidores potenciales tienen en cuenta al decidir si entrar o no a determinado mercado. Esto toda vez que la empresa dominante puede bajar inmediatamente los precios a partir de la entrada de un nuevo competidor. Ver: Ezrachi, A. y Gilo, D. “*Are Excessive Prices Really Self-Correcting*”. 2008. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1237802

⁵⁹ Gal, M. S. “*Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*”. Antitrust Bulletin. 2004. P. 4.

⁶⁰ Ezrachi, A. y Gilo, D. “*Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*”. 2008. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1237802

⁶¹ Gal, M. S. “*Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*”. Antitrust Bulletin. 2004..

“Por la cual se archiva una investigación”

8.4.2.1. Estados Unidos: decisión de no intervenir ni prohibir los precios excesivos o monopólicos

En el presente análisis la importancia de estudiar el régimen legal de los Estados Unidos radica en que diferentes posturas de la jurisprudencia y la doctrina especializada de este país han sostenido que el derecho *Antitrust*, además de no sancionar la existencia de monopolios creados legítimamente, no prohíbe la imposición de precios altos por parte de empresas que ostentan una posición monopólica o de dominio en el mercado⁶². En esta línea, se ha llegado a afirmar que este tipo de empresas cuentan con la posibilidad de fijar sus precios “*tan altos como deseen*”⁶³, rechazando la posibilidad de que los mismos puedan ser considerados, por sí solos, como una violación al régimen del derecho de la competencia norteamericano⁶⁴.

Lo anterior, pues se ha afirmado que: (i) la existencia de precios por encima de los niveles de competencia terminará por atraer nuevos agentes económicos que buscarán entrar y competir en el mercado⁶⁵, lo que tendrá como efecto una caída en los precios finales cobrados al consumidor; y (ii) la capacidad de imponer precios altos, se presenta como un incentivo para los participantes de un mercado de competir para obtener dicha posibilidad, lo que generará que los competidores inviertan en sus productos, innoven y generen, de esta forma, un deseado crecimiento económico⁶⁶.

Por tanto, el *Sherman Act* -principal ley antimonopolio de este país- ha sido interpretado como una prohibición de conductas únicamente de naturaleza exclusoria⁶⁷, por medio de las cuales se crean barreras artificiales de entrada a los mercados, que permiten crear o mantener en el tiempo una posición monopolística, excluyendo de su aplicación las conductas de efectos explotativos, como la imposición de precios altos⁶⁸.

Para entender mejor lo anterior, debe mencionarse que el derecho *Antitrust* surgió en los Estados Unidos como respuesta al desarrollo empresarial de finales de siglo XIX y principios del siglo XX. Durante este periodo, la creación de grandes grupos empresariales, conformados por múltiples compañías pertenecientes a ciertos sectores de la industria, y que eran controlados por un solo agente o grupo (los denominados “*Trusts*”), dio pie a la expansión de un movimiento de “monopolización” de los mercados⁶⁹. Esta situación, si bien trajo consigo un gran desarrollo económico para el país, a la

⁶² *Berkey Phot, Inc V. Eastman Kodak Company*, 603 F. 2d 263 53 A.L.R. Fed 768, 1979-1 Trade Caso 62, 718, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Segundo Circuito. “*A pristine monopolist, we have held, may charge as high a rate as the market will bear*”.

⁶³ OECD. *Excessive Pricing in Pharmaceutical Markets. Note by the United States*. 28 de noviembre, 2018. Pág. 2. Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-2010-present-other-international-competition-fora/excessive_prices_in_pharmaceuticals_united_states.pdf

⁶⁴ Gavil, A., Kovacic, W., Baker, J. y Wright, J. “*Antitrust Law in Perspective. Cases, concepts and problems in competition policy*”. Tercera Edición. American Casebook Series. West Academic Publishing. 2017. P. 645

⁶⁵ *Berkey Phot, Inc. Vs Eastman Kodak Co.* 603 F.2d 263, 294 (2d Cir. 1979). “*De hecho, aunque se puede esperar que un monopolista cobre un precio algo más alto que el que prevalecería en un mercado competitivo, probablemente no haya mejor manera de garantizar que su dominio será desafiado que extrayendo codiciosamente el precio más alto que pueda*”. (Subraya y negrilla fuera de texto original). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

⁶⁶ *Verizon Communications Vs Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S. 398 (2004). “*The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth*”.

⁶⁷ No obstante, existen algunos doctrinantes que han planteado la inquietud de si la sección 5 del *Federal Trade Commission Act*, que provee a una de las autoridades de competencia de los Estados Unidos, la *Federal Trade Commission*, de facultades más amplias al prohibir la existencia de “*métodos de competencia desleal que afecten el comercio*” (“*Unfair methods of competition in or affectin commerce*”) aplicaría a situaciones no contempladas por el *Sherman Act*, pudiéndose sancionar conductas como por ejemplo la existencia de precios excesivos (ver: Jones, A. y Stothers, C. “*Establishing unfairly high prices: the implications of the CAT’s judgment in the Flynn and Pfizer Vs Competition And Market Authority*”. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3314192).

⁶⁸ Ver: Gal, M. S. “*Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?*”. *Antitrust Bulletin*. 2004. P. 5.; Gavil, A., Kovacic, W., Baker, J. y Wright, J. “*Antitrust Law in Perspective. Cases, concepts and problems in competition policy*”. Tercera Edición. American Casebook Series. West Academic Publishing. 2017; Hovenkamp, H. “*The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*”. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2008.

⁶⁹ Wu, Tim. *The curse of Bigness. Antitrust in the new gilded age*. Columbia Global Reports. 2018.

“Por la cual se archiva una investigación”

vez permitió la presencia de comportamientos que se veían como una amenaza económica, política y social⁷⁰ que provocó la reacción del Congreso.

“El Congreso aprobó la ley Sherman como respuesta a presiones políticas de carácter populista. Varios grandes conglomerados empresariales controlados por una persona o un grupo fueron percibidos como agentes que estaban usando su poder económico para expulsar del negocio a sus competidores, ganar ventajas injustas de sus proveedores y aumentar los precios a los consumidores, generando un resentimiento popular generalizado en varias partes del país y la demanda de establecer restricciones a las conductas anticompetitivas de las grandes empresas”⁷¹.

Adicionalmente, la promulgación de la Ley Sherman se dio en un momento histórico gobernado por la idea económica clásica de que los mercados debían permanecer lo más abiertos y competitivos posible⁷².

No obstante lo anterior, desde las primeras decisiones con relación a la aplicación del *Sherman Act*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos resaltó que el objetivo de dicha regulación no era el de prohibir la existencia de monopolios, sino el de asegurar el derecho de los diferentes agentes del mercado de competir y contratar libremente, pues esto se presentaba como la herramienta idónea para prevenir la creación de monopolios que no fueran creados por regulación estatal:

“A través de la omisión de cualquier prohibición directa a los monopolios concretamente, [la ley Sherman] muestra una conciencia de que la libertad al derecho individual de contratar, cuando no se ejerce indebidamente, es el medio más eficaz para la prevención del monopolio, pues la operación de las fuerzas centrífugas y centrípetas resultantes del derecho a contratar libremente es el medio por el cual puede prevenirse el monopolio, siempre que no sea impuesto por un poder soberano (...)”⁷³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En esta línea, algunos doctrinantes expertos en la materia han afirmado que desde el inicio de su vigencia, la Ley Sherman no buscó limitar la creación de monopolios, sino que puso su atención en el “cómo” las empresas adquirirían dicho poder de mercado⁷⁴.

En el mismo sentido, se evidencia en algunas de las primeras decisiones del máximo tribunal norteamericano afirmaciones encaminadas a reconocer que la ley no puede reprimir la existencia de monopolios, a pesar del riesgo de exponer a los consumidores a los “males” que estos pueden traer (como la imposición de precios altos), pues los mismos pueden ser el resultado precisamente del juego competitivo que se busca promover. Al respecto, se presenta un extracto de la sentencia expedida en el caso *Estados Unidos Vs Alcoa* de 1945, en la cual el juez Learned Hand señaló:

“Un productor puede ser el único sobreviviente de un grupo activo de competidores, simplemente por virtud de su capacidad superior, previsiones e industria. En este caso, se podría argumentar con fuerza que, aunque el resultado puede exponer al público a los males del monopolio, la ley no pretende condenar el resultado de las fuerzas cuyo

⁷⁰ “Los valores sociales y políticos han provisto una base consistente de apoyo a la idea del derecho de la competencia durante casi toda su existencia (...) hasta el punto que han permitido que esta adquiera el estatus de ‘religión’ norteamericana” En: Gerber, D. J. “Competencia global: derecho, mercados y globalización”. Traducción Javier Cortázar Mora. 1 Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. Editorial Temis. 2012. P.176.

⁷¹ Gerber, D. J. “Competencia global: derecho, mercados y globalización”. Traducción Javier Cortázar Mora. 1 Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. Editorial Temis. 2012. Pp. 174-175.

⁷² Gal, M. S. “Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?”. Antitrust Bulletin. 2004.

⁷³ Estados Unidos Vs. Standard Oil C. de New Jersey, 221 US 1 (1911). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Versión original en inglés: “...by the omission of any direct prohibition against monopoly in the concrete, [the Sherman Act] indicates a consciousness that the freedom of the individual right to contract when not unduly or improperly exercised was the most efficient means for the prevention of monopoly, since the operation of the centrifugal and centripetal forces resulting from the right to freely contract was the means by which monopoly would be inevitably prevented if no extraneous or sovereign power imposed it”.

⁷⁴ Gavil, A., Kovacic, W., Baker, J. y Wright, J. “Antitrust Law in Perspective. Cases, concepts and problems in competition policy”. Tercera Edición. American Casebook Series. West Academic Publishing. 2017. P. 459.

“Por la cual se archiva una investigación”

fomento es su principal objetivo: ‘finis opus coronat’. El competidor exitoso, habiendo sido obligado a competir, no debe ser atacado cuando gane⁷⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Ahora bien, tanto la Corte Suprema de Justicia como parte de la doctrina especializada ha sostenido que, además de no sancionar la simple existencia de un agente monopólico en un determinado mercado, tampoco debe reprocharse como una violación al derecho de la competencia en los Estados Unidos la posibilidad de estas empresas de imponer precios altos por sus bienes y servicios.

Esto, por un lado, pues se ha entendido que la imposición de precios altos por parte de un agente económico que ostenta una posición dominante o de monopolio en el mercado atrae nuevos competidores⁷⁶, permitiendo que sean las mismas fuerzas de oferta y demanda quienes corrijan la existencia de precios por encima de su nivel competitivo, que pueden llegar a afectar a los consumidores⁷⁷. Esto fue resaltado por la Corte Suprema de Justicia, quien afirmó que:

“[A] menos que el monopolio haya reforzado su poder mediante acciones ilícitas, no se le exigirá que pague una indemnización por el mero hecho de que posteriormente sus precios puedan resultar excesivos. Fijar un precio alto puede ser un uso del poder de monopolio, pero no es en sí mismo anticompetitivo. De hecho, aunque se puede esperar que un monopolista cobre un precio algo más alto que el que prevalecería en un mercado competitivo, probablemente no haya mejor manera de garantizar que su dominio será desafiado que extrayendo codiciosamente el precio más alto que pueda⁷⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En esta línea, también se ha sostenido que la posibilidad de establecer precios altos por parte de empresas dominantes genera un incentivo a competir y tomar riesgos por parte de otros participantes, que resulta en un aumento en la innovación y el crecimiento económico. Así, en el caso *Trinko*, la Corte Suprema de Justicia afirmó que:

“La mera posesión de un poder monopólico, y el concomitante cargo de precios monopólicos, no solo no es ilegal, sino que es un elemento importante del sistema del libre mercado. La oportunidad para cobrar precios monopólicos, al menos en el corto plazo, es lo que atrae ‘perspicacia comercial’ en un primer momento; induce a tomar riesgos que producen innovación y crecimiento económico⁷⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En virtud de lo anterior, algunos expertos en la materia han afirmado que a la luz del *Sherman Act*, lo sancionable no es que una empresa, que legítimamente haya obtenido su posición dominante, se embarque en conductas que podrían denominarse de carácter explotativo (como la imposición de

⁷⁵ Estados Unidos Vs Alcoa, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) (Hand,J). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Versión original en inglés: “A single producer may be the survivor out of a group of active competitors, merely by virtue of his superior skill, foresight and industry. In such cases a strong argument can be made that, although the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: *finis opus coronat*. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins”.

⁷⁶ Areeda, P. y H, Hovenkamp. “Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application.” Tercera Edición. 2008. **“While permitting the monopolist to charge its profit-maximizing price encourage new competition, forcing it to price a judicially administered competitive level would discourage entry and thus prolong the period of such pricing”** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁷⁷ Wish, R. y Bailey, D. “Competition Law”. Octava Edición. Oxford University Press. 2015. “[T]he fact that a monopolist is able to earn large profits, should, in the absence of barriers to expansion and entry, attract new entrants to the market”.

⁷⁸ Berkey Phot, Inc. Vs Eastman Kodak Co. 603 F.2d 263, 294 (2d Cir. 1979). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

⁷⁹ Verizon Communications Vs Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 540 U.S. 398 (2004). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Versión original en inglés: “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”.

“Por la cual se archiva una investigación”

precios altos), sino que una empresa realice conductas de naturaleza exclusorias, encaminadas a obtener, mantener o expandir su poder de mercado⁸⁰.

“Como se indicó anteriormente, la Sección 2 del Sherman Act no prohíbe el estatus de monopolio. La doctrina de la monopolización exige al demandante demostrar que el defensor usó indebidas conductas exclusorias para ganar o mantener un sustancial poder de mercado”⁸¹.

Finalmente, vale la pena mencionar que algún sector de la doctrina especializada ha afirmado que la posición adoptada en Estados Unidos frente a los precios altos y la no intervención en los mismos, responde igualmente a un gran escepticismo que se ha desarrollado en esta jurisdicción sobre la eficacia del gobierno o de un regulador a la hora de intervenir y establecer un precio que pueda considerarse justo. La carencia de información de los mercados y las estructuras de costos de los competidores hacen que las autoridades no cuenten con la información necesaria para determinar un precio que pudiera ser considerado como razonable⁸².

De hecho, esta dificultad para determinar o establecer un precio justo o razonable ya había sido resaltada por la Corte Suprema de Justicia desde el caso *Estados Unidos Vs Trans-Missouri Freight Association*, en 1897, en el cual se manifestó:

“[L]a cuestión sobre qué es un precio razonable presenta gran incertidumbre (...)
[I]ncluso luego de determinar un posible estándar, se presenta una variedad indefinida de hechos respecto a la pregunta de qué es un precio razonable, sin importar el estándar que se adopte, que llevaría a que cualquier transportador particular estaría, en la mayoría de casos, incluso dispuesto a abandonar el esfuerzo por demostrar el carácter irrazonable de un precio, y no arriesgarse al gran gasto en tiempo y dinero que requiere para probar este hecho (...)”⁸³.
(Subraya y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con todo lo anterior, puede evidenciarse que en Estados Unidos ha permanecido una posición conservadora por parte de la jurisprudencia y la doctrina frente a la facultad de intervención de las autoridades de competencia en la posibilidad de las empresas dominantes de imponer precios altos por sus bienes y servicios. Contrario a esto, se han desarrollado posiciones que reconocen el poder de los mercados de autocorregirse y regularse, pues entienden que la presencia de un agente monopólico y la imposición de precios altos tienden a atraer nuevos competidores que, siempre que no se encuentren con barreras de entrada infranqueables, generarán la disminución de los precios impuestos por la empresa dominante, sin necesidad de una intervención de los órganos estatales.

Lo anterior ha llevado a que algunos doctrinantes afirmen que el derecho *Antitrust* se concentra en perseguir y sancionar conductas de naturaleza exclusorias, dejando de lado conductas explotativas, como la imposición de precios altos, los cuales, por si solos, no representan una preocupación principal para las normas de libre competencia económica⁸⁴.

⁸⁰ Gerber, D. J. *“Competencia global: derecho, mercados y globalización”*. Traducción Javier Cortázar Mora. 1 Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. Editorial Temis. 2012. Pp. 185-186.

⁸¹ Gavil, A., Kovacic, W., Baker, J. y Wright, J. *“Antitrust Law in Perspective. Cases, concepts and problems in competition policy”*. Tercera Edición. American Casebook Series. West Academic Publishing. 2017. P. 504.

⁸² Gal, M. S. *“Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly?”*. *Antitrust Bulletin*. 2004.

⁸³ *Estados Unidos Vs Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Versión original en inglés: “[T]he subject of what is a reasonable rate is attended with great uncertainty (...) [E]ven after the standard should be determined there is such an indefinite variety of facts entering into the question of what is a reasonable rate, no matter what standard is adopted, that any individual shipper would in most cases be apt to abandon the effort to show the unreasonable character of a charge sooner than hazard the great expense in time and money necessary to prove the fact”.

⁸⁴ Jones, A. y Stothers, C. *“Establishing unfairly high prices: the implications of the CAT’s judgment in the Flynn and Pfizer Vs Competition And Market Authority”*. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3314192

“Por la cual se archiva una investigación”

8.4.2.2. Unión Europea: Denominación de los precios excesivos como un abuso de posición de dominio

En este punto, resulta de gran relevancia estudiar la regulación en materia de libre competencia de la Unión Europea, pues la misma prohíbe la imposición de precios denominados por la jurisprudencia y la doctrina como “precios excesivos”, como una conducta de abuso de posición de dominio por parte de un agente económico⁸⁵. En efecto, este Despacho encuentra gran relevancia para el análisis que se está desarrollando en el presente caso, entender la forma en que las autoridades europeas han interpretado y aplicado su normatividad en la materia, en aras de enriquecer el análisis hecho por parte de esta Superintendencia de la conducta establecida en el régimen colombiano, específicamente bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Al respecto, el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante “TFUE”) establece algunas conductas de naturaleza abusiva por parte de empresas que ostenten una posición dominante en el mercado interior o una parte sustancial del mismo. Dicho listado de prácticas incluye la imposición directa o indirecta de precios de compra, venta u otras condiciones de transacción no equitativas. Lo anterior ha sido interpretado como la posibilidad para sancionar la imposición de precios excesivos por parte de empresas dominantes que generen un efecto explotativo en el consumidor europeo⁸⁶.

Precisamente este tipo de conductas marcan una de las grandes diferencias entre el derecho de la competencia en la Unión Europea y su par en Estados Unidos⁸⁷. Esta diferencia radica, por un lado, en que el propósito principal de la regulación comunitaria responde a que en el marco de un “mercado común”, estas disposiciones fungen como un instrumento más dentro de la política de profundizar la integración económica en Europa, tras un periodo de guerras con grandes repercusiones en el viejo continente⁸⁸. Y, por otro lado, en que en el marco de la regulación comunitaria se ha sugerido que las empresas dominantes tienen una “*responsabilidad especial*” de no utilizar en forma abusiva su poderío económico⁸⁹, lo que ha llevado a la aplicación de estándares más exigentes a la hora de analizar su comportamiento en el mercado⁹⁰.

Visto lo anterior, a continuación, se realizará un análisis de la forma como la jurisprudencia europea ha estudiado e interpretado la aplicación del artículo 102 del TFUE con relación a los precios excesivos.

Para empezar, debe insistirse en que se trata de una conducta estipulada como un **abuso de posición de dominio**. Como ha sido resaltado por algunos doctrinantes⁹¹, a diferencia de lo ocurrido en mercados competitivos, un agente de mercado con capacidad de incidir sobre alguna o todas las variables fundamentales de mercado, sin ninguna presión competitiva, generará ineficiencias distributivas y productivas. Lo anterior, tiene la potencialidad de afectar tanto el bienestar del consumidor como el bienestar del productor y, por consiguiente, el bienestar total de una sociedad considerada.

Ahora bien, el hecho que esta conducta sea tratada en el régimen comunitario como un abuso de posición de dominio, exige, por su parte, que la autoridad de competencia realice un detallado estudio de la conducta, lo que comprende inicialmente la definición del mercado relevante, lo cual es

⁸⁵ Evans, D. y Padilla, J. “*Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules*.” Journal of Competition Law and Economics. Oxford University Press. 2005.

⁸⁶ Motta, M y de Street, A. “*Exploitative and exclusionary excessive prices in EU Law*”. Documento presentado en la Octava jornada anual de competencia de la Unión Europea, Florencia, Junio de 2003. Disponible en: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.879.4404&rep=rep1&type=pdf>.

⁸⁷ Gavil, A., Kovacic, W., Baker, J. y Wright, J. “*Antitrust Law in Perspective. Cases, concepts and problems in competition policy*”. Tercera Edición. American Casebook Series. West Academic Publishing. 2017

⁸⁸ Jones, A. y Sufrin, B. “*EC Competition Law: Text, Cases & Materials*”. Tercera Ed. Oxford. 2011. Págs. 38-43.

⁸⁹ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 78.

⁹⁰ Gerber, D. J. “*Competencia global: derecho, mercados y globalización*”. Traducción Javier Cortázar Mora. 1 Edición. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá. Editorial Temis. 2012. Pp. 267.

⁹¹ Geradin, D. “*The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe*”. Tilburg University Legal Studies Working Paper. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678

“Por la cual se archiva una investigación”

estrictamente necesario y fundamental para determinar la posición de las empresas investigadas y saber si ostentan o no posición de dominio. Solo en caso de que el resultado de este análisis sea afirmativo, se procederá a establecer la ilegalidad de la conducta.

Lo anterior ha sido reiterado por la jurisprudencia europea en materia de libre competencia en diferentes oportunidades. En efecto, en el caso *United Brands Co vs La Comisión*, el cual será estudiado en detalle más adelante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea enfatizó en la necesidad de definir correctamente el mercado relevantemente presuntamente afectado para determinar la existencia de una posición dominante y posteriormente establecer la comisión de una conducta abusiva de imposición de precios excesivos:

*“Considerando que para apreciar si UBC ocupa una posición dominante en el mercado de los plátanos **hay que delimitar dicho mercado tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico**”⁹². (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Y agregó:

*“Que **las posibilidades de competencia en relación con el artículo 86 del Tratado [abuso de posición de dominio] deben examinarse en función de las características del producto de que se trata y con referencia a una zona geográfica definida en la que se comercializa dicho producto y en la que las condiciones de competencia son lo bastante homogéneas como para permitir apreciar los efectos de la potencia económica de la empresa interesada**”⁹³. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Ahora bien, una de las primeras decisiones de la Comisión Europea en materia de precios excesivos por parte de una empresa dominante fue el caso *General Motors* de 1975⁹⁴. En esa oportunidad, se estudió el comportamiento de la empresa investigada (*General Motors*) en el marco del requerimiento impuesto por las autoridades de Bélgica a los productores de vehículos importados, de emitir certificados de conformidad de sus marcas que estuvieran entrando al país. Para la Comisión, *General Motors*, quien ostentaba la posición de dominio en la emisión de certificados de sus vehículos, habría cobrado un precio lo suficientemente alto para considerarlo un abuso.

Aunque la Corte Suprema de Justicia de la Unión Europea en el análisis de este caso no encontró sustento en la decisión de la Comisión, estableció por primera vez que se podría considerar como un abuso por parte de una empresa dominante *“la imposición de un precio que es excesivo en relación con el valor económico del servicio prestado”*⁹⁵.

Posteriormente, la Comisión Europea resolvió el caso que, aún en la actualidad, sigue considerándose uno de los más relevantes sobre la materia: el caso *United Brands*. En esta ocasión, la Comisión Europea consideró que la compañía, que ostentaba posición de dominio en el mercado de comercialización de bananas en la zona geográfica de la Comunidad Económica Europea, habría abusado de la misma, al haber impuesto precios excesivos en la venta de productos marca “Chiquita” en algunos Estados miembros.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestimó la posición de la Comisión, al considerar que no se habría cumplido con la carga probatoria necesaria para determinar la existencia de la conducta señalada, especialmente por no haberse considerado, dentro del estudio hecho por la Comisión, la estructura de costos de la empresa investigada⁹⁶.

⁹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs la Comisión Europea*. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Comisión Europea. Caso *General Motors Vs Comisión Europea* (26-75).

⁹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 13 de noviembre de 1975. Caso *General Motors NV Vs Comisión Europea*.

⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs Comisión Europea*. Para. 251.

“Por la cual se archiva una investigación”

Ahora, lo que resulta relevante de este caso es que se determinaron los elementos que debían considerarse a la hora de analizar si un precio podía considerarse excesivo a la luz de las normas de libre competencia. Así, el mencionado Tribunal afirmó:

“250. Que en el presente caso se ha calificado de abuso el hecho de exigir un precio excesivo, sin relación razonable con el valor económico de la prestación realizada.

251. Que la exageración en el precio podría apreciarse objetivamente si fuera posible medirla comparando el precio de venta del producto con su costo, comparación de la que se deduciría la magnitud del margen de beneficio pero que no llevó a cabo sin embargo la Comisión, que no analizó la estructura de costes de UBC

252. Que se trataría entonces, de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste efectivamente soportado y el precio efectivamente exigido y, en caso afirmativo, examinar si se ha impuesto un precio no equitativo, en términos absolutos o en comparación con los productos competidores”⁹⁷.

De lo anterior puede evidenciarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció la existencia de un mecanismo (*test*), compuesto por dos (2) etapas, para determinar la existencia de un precio excesivo. La primera analiza si una empresa dominante ha obtenido un margen de utilidad de una “*desproporción excesiva*” entre el precio de venta y los costos de producción. En caso de ser afirmativo el resultado anterior, inicia la segunda etapa, consistente en evaluar si el precio puede considerarse injusto (“*Unfair*”) en sí mismo (en términos absolutos) o en comparación con el precio de los competidores⁹⁸.

Respecto a la primera de las etapas, la misma está compuesta por dos análisis: (i) calcular el margen de utilidad a través de una comparación entre el precio de venta del producto en cuestión y su costo de producción; y (ii) determinar si dicho margen de utilidad es excesivo⁹⁹. Como puede observarse, el caso *United Brands* hace referencia al carácter excesivo del margen de utilidad únicamente como una relación entre el precio de venta y los costos de producción del bien o servicio.

Ahora bien, con relación a la segunda etapa desarrollada en el caso *United Brands*, se tiene que, una vez establecido el carácter excesivo del margen de utilidad, a partir de la relación entre el precio cobrado y el costo de producción, debe establecerse si el precio de venta es a su vez injusto (*unfair*) en sí mismo o en comparación con los productos competidores. Recientemente, la Comisión Europea manifestó que el objetivo de esta segunda etapa consiste en:

“[E]xaminar si existen razones legítimas respecto a las utilidades excesivas identificadas en la etapa 1, en particular razones que no se reflejaron en el análisis de costos de la primera etapa. Por ejemplo, las utilidades excesivas de la empresa dominante pueden reflejar, total o parcialmente, eficiencias respecto la producción o la comercialización del producto. Igualmente, una empresa dominante puede haber tomado riesgos, realizado inversiones, mejorado un producto o innovado de una forma que podría convertir las altas utilidades, total o parcialmente, en una recompensa por los esfuerzos pro-competitivos”¹⁰⁰.

En este orden de ideas, solo una vez se haya concluido, a partir del análisis descrito, que el margen de utilidad es excesivo y que el precio de venta puede ser caracterizado como injusto (*Unfair*) en sí mismo o en comparación con los productos competidores¹⁰¹, será “claro” que “la empresa dominante ha (...) cosechado beneficios comerciales que no habría cosechado si hubiera existido una competencia normal y suficientemente efectiva”. Y será, entonces, “[en] este caso”, que los precios cobrados no tendrán “una relación razonable con el valor económico de los productos suministrados”¹⁰².

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Hou, L. “Excessive Prices Within EU Competition Law”. European Competition Journal. Vol. 7. 2011.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 163.

¹⁰¹ Ibidem. Para. 164.

¹⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs Comisión Europea*.

“Por la cual se archiva una investigación”

Sin embargo, y pese a que la decisión tomada en el caso *United Brands* sigue siendo utilizada en gran medida para el análisis de este tipo de conductas, la misma no ha sido ajena a precisiones por parte de la doctrina y la misma jurisprudencia europea.

Por un lado, en el caso *Port of Helsingborg*¹⁰³, la Comisión Europea reconoció que un análisis basado exclusivamente en los costos de producción es insuficiente para determinar el valor económico de un servicio, pues deben tenerse en cuenta diferentes elementos adicionales no relacionados con los costos, como lo puede ser la ubicación geográfica del prestador del servicio¹⁰⁴.

Por otro lado, el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha manifestado que el análisis basado en la relación precio-costos de un producto no deja de presentar dificultades, pues en ocasiones es problemático determinar con exactitud los costos de producción de un bien o servicio¹⁰⁵.

Al respecto, una reciente decisión de la Comisión Europea ha manifestado que “**existen varias maneras de evaluar el carácter excesivo de las utilidades de una empresa**. En el presente caso, la Comisión consideró apropiado adelantar una comparación de las utilidades de Aspen con las utilidades de un número de empresas que, como se explicará más adelante, venden productos similares y tienen un perfil similar al de Aspen”¹⁰⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De hecho, es relevante mencionar que desde la misma decisión del caso *United Brands*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció que no podía considerarse la existencia de un único método para determinar el posible carácter excesivo e ilegal de un precio. Incluso, ha sido reiterado en diferentes decisiones posteriores¹⁰⁷ que cuando la autoridad de competencia tenga a disposición diferentes métodos de evaluación del carácter excesivo de un precio, cuenta con “*cierto margen de apreciación*”¹⁰⁸ para utilizar el método que considere relevante.

En este orden de ideas, diferentes casos que han sido objeto de discusión tanto de la Comisión Europea como del Tribunal de Justicia han identificado al menos seis (6) métodos distintos que podrían ser utilizados para llevar a cabo la evaluación comparativa con el fin de determinar la ilegalidad de un precio, como se verá a continuación:

a) En primer lugar, se ha propuesto analizar el precio histórico cobrado en el pasado por la empresa dominante sobre el mismo producto. Este punto de referencia puede ser el más evidente, puesto que el aumento del precio de un producto generalmente viene alineado con el aumento en los costos del mismo. En este sentido, podría ser considerado excesivo un aumento en el precio de manera desproporcional con el aumento en los costos¹⁰⁹. Este punto de referencia fue utilizado en los casos *British Leyland*¹¹⁰ y *Scippacercola*¹¹¹.

b) En segundo lugar, se ha propuesto, como elemento de comparación, el precio cobrado por la empresa dominante sobre otros productos que hacen parte del mismo mercado relevante. Esto, toda vez que la demanda de ambos productos tiende a ser similar, pues se trata de productos sustitutos, y además, reduce la carga de la autoridad al analizar los costos de producción, pues al ser producidos por una misma empresa, la información es de más fácil acceso. Este punto de referencia fue utilizado

¹⁰³ Comisión Europea. Decisión del 23 de julio de 2004. Caso *Scandlines Sverige AB Vs Port of Helsingborg*. Para. 227.

¹⁰⁴ Wish, R. y Bailey, D. “*Competition Law*”. Octava Edición. Oxford University Press. 2015. P. 763.

¹⁰⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs Comisión Europea*.

¹⁰⁶ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 78.

¹⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Caso *AKKALA*. Para 36.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Para 49.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de noviembre de 1986. Caso *British Leyland Public Limited Company Vs Comisión Europea*.

¹¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Caso *Isabella Scippacercola y Ioannis Terezakis Vs Comisión Europea*.

“Por la cual se archiva una investigación”

en el caso *British Leyland*¹¹², donde se comparó el precio de dos productos diferentes ofrecidos por la empresa investigada, pero que hacían parte del mismo mercado.

c) En tercer lugar, se ha analizado el precio establecido por los competidores en el mismo mercado relevante. Este elemento, que se desprende precisamente de lo establecido en el caso *United Brands*, el cual estableció que se ha de examinar si el precio impuesto es excesivo en sí mismo o en “comparación con los productos competidores”, es un punto de referencia que ha sido poco utilizado por la Comisión Europea y la jurisprudencia de las altas cortes.

d) En cuarto lugar, se ha identificado en ocasiones como posible punto de referencia, el precio cobrado por la empresa dominante respecto al mismo producto, pero en diferentes mercados geográficos. Esta postura quedó plasmada, entre otros, en los casos *SACEM*¹¹³, *Tournier*¹¹⁴ y *AKKA/LAA*¹¹⁵, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó:

“25. Es preciso hacer observar que, cuando una empresa en una posición dominante impone por los servicios que presta tarifas que son notablemente más elevadas que las que se aplican en los restantes Estados miembros, y cuando la comparación entre las cuantías de las tarifas se haya llevado a cabo sobre una base homogénea, dicha diferencia deberá ser considerada como el indicio de la explotación abusiva de una posición dominante. En esos casos, corresponderá a la empresa en cuestión justificar la diferencia, basándose en la existencia de divergencias objetivas entre la situación del Estado miembro de que se trate y la situación que prevalezca en los demás Estados miembros”¹¹⁶.

e) En quinto lugar, se ha hecho referencia al precio cobrado por la empresa dominante sobre productos relacionados en otros mercados relevantes. Como lo ha sostenido la doctrina, por productos relacionados se debe entender productos que comparten un considerable número de costos en común¹¹⁷. Esta postura fue utilizada por la Comisión en el caso *Deutsche Post*¹¹⁸.

f) En sexto y último lugar, se ha hecho referencia en algunas ocasiones al precio cobrado por otras empresas sobre productos comparables en otros mercados relevantes. El producto comparable se diferencia de los productos relacionados, en que los primeros no necesariamente pertenecen al mismo mercado producto relevante¹¹⁹. En el caso *Bodson*¹²⁰, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó que los productos a comparar deben estar presentes en mercados competitivos. En este sentido, deben excluirse productos que hacen parte de un mercado monopolístico o regulado. En el caso *Port of Helsingborg*, la Comisión Europea estableció que para que la comparación de productos pueda llevarse a cabo se requiere que (i) los productos o servicios puedan ser comparables por sus características y su estructura de costos; y (ii) el sistema de precios de cada compañía permita realizar una adecuada comparación¹²¹.

Finalmente, vale la pena resaltar que recientemente, en el caso *AKKA/LAA* (2017), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea agregó que al momento de realizar la comparación de los precios aparentemente excesivos con los diferentes puntos de referencia, teniendo en cuenta los métodos que han sido identificados por la jurisprudencia, para que dicha diferencia pueda calificarse de abusiva

¹¹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de noviembre de 1986. Caso *British Leyland Public Limited Company Vs Comisión Europea*.

¹¹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 13 de julio de 1989. Caso *Francois Lucazeau y Otros Vs Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique* (SACEM).

¹¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 13 de julio de 1989. Caso *Ministere Public Vs Jean-Louis Tournier*.

¹¹⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Caso *AKKA/LA*. Para. 38.

¹¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 13 de julio de 1989. Caso *Francois Lucazeau y Otros Vs Société des Auteurs Compositeurs et Editeurs de Musique* (SACEM). Para. 25 y sentencia del 13 de julio de 1989. Caso *Ministere Public Vs Jean-Louis Tournier*. Para. 38.

¹¹⁷ Hou, L. “Excessive Prices Within EU Competition Law”. *European Competition Journal*. Vol. 7. 2011.

¹¹⁸ Comisión Europea. Decisión del 25 de julio de 2001. Caso *Deutsche Post AG – Interception of cross-border mail*. Para. 160.

¹¹⁹ Hou, L. “Excessive Prices Within EU Competition Law”. *European Competition Journal*. Vol. 7. 2011.

¹²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 4 de mayo de 1988. Caso *Corinne Bodson Vs SA Pompes Funebres des Regions Liberees*.

¹²¹ Comisión Europea. Decisión del 23 de julio de 2004. Caso *Scandlines Sverige AB Vs Port of Helsingborg*. Para. 175.

“Por la cual se archiva una investigación”

“*debe ser de cierta importancia*” y “*debe persistir durante un determinado periodo y no ser temporal o episódica*”¹²².

Visto lo anterior, es posible concluir que la regulación europea en materia de libre competencia permite la sanción a la imposición de precios excesivos por parte de una empresa dominante, para lo cual en la práctica se ha seguido, en términos generales, el mecanismo propuesto en el caso *United Brands*¹²³, sin dejar de reconocer que pueden existir otros métodos para establecer la ilegalidad del precio cobrado por una empresa dominante en el mercado. De hecho, dado que los diferentes métodos identificados para determinar si un precio es excesivo pueden presentar debilidades, se ha reconocido que los análisis de precios excesivos deben llevarse a cabo de acuerdo con tantos métodos como sea posible en la práctica, y buscar pruebas sólidas de que los precios son realmente excesivos¹²⁴.

No obstante, es importante mencionar que en los últimos años las autoridades europeas han sostenido que este tipo de conductas deben ser investigadas únicamente en ocasiones particulares, toda vez que “*reconoce que intervenir directamente en contra de precios excesivos puede, en muchos casos, ser difícil y costoso*”¹²⁵. Por este motivo, en los últimos tiempos, tanto la Comisión Europea, como las autoridades locales de los diferentes Estados Miembros, han concentrado sus esfuerzos en analizar este tipo de conductas en determinados mercados en específico, dadas sus características e importancia en el bienestar general, como los existentes en el sector farmacéutico¹²⁶

A manera de ejemplo, a nivel comunitario, una de las últimas decisiones de la Comisión Europea fue el caso *Aspen*, en el cual se analizó el aumento de precios impuesto a un número de medicamentos para el tratamiento del cáncer. Si bien el caso fue cerrado por el otorgamiento de garantías por parte de la investigada, la autoridad de competencia realizó un análisis sobre los precios de los productos farmacéuticos, “*siguiendo el marco de análisis establecido por la Corte de Justicia en su sentencia en el caso United Brands*”¹²⁷.

A nivel local, es de resaltar la actividad que ha tenido la autoridad de competencia del Reino Unido¹²⁸, la *Competition and Markets Authority* (en adelante “CMA”), quien recientemente a impuesto diferentes sanciones en el marco de conductas de precios adelantadas por empresas del sector farmacéutico¹²⁹. Así, el 29 de julio de 2021, a través de un comunicado de prensa, la mencionada entidad informó la sanción impuesta a la empresa **ADVANZ** por incrementar excesivamente sus precios de medicamentos para tratar la deficiencia de hormona tiroidea. Según la CMA, “*los aumentos de precios no fueron impulsados por ninguna innovación o inversión significativa, los volúmenes del producto se mantuvieron en general estables y el costo de producción de las tabletas no aumentó significativamente*”¹³⁰.

¹²² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Caso AKKA/LA. Para. 56.

¹²³ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 74. “*The Commission’s assessment followed the framework of analysis set out by the Court of Justice in its Judgement in the United Brands case*”.

¹²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. *Policy Roundtables. Excessive Prices 2011*.

¹²⁵ Jenny, F. “*Abuse of dominance by firms charging excessive or unfair prices: An assessment*”. Septiembre 11, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2880382. Traducción Libre Superintendencia de Industria y Comercio.

¹²⁶ De Coninck, R. “*Excessive Prices: An overview of EU and national case law*”. 2018. E-Competitions Excessive Prices, Art. No. 86604. Disponible en: <https://ecp.crai.com/wp-content/uploads/2018/06/Excessive-Pricing-R.-de-Coninck-e-Competitions-2018.pdf>. “*Both national competition authorities and the European Commission have recently shown a renewed interest in pursuing excessive pricing cases, in particular in the pharmaceutical sector*”.

¹²⁷ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 74. “*The Commission’s assessment followed the framework of analysis set out by the Court of Justice in its Judgement in the United Brands case*”.

¹²⁸ A pesar del retiro del Reino Unido de la Unión Europea tras el proceso denominado “*Brexit*”, teniendo en cuenta la relación histórica que ha tenido la autoridad de competencia británica con la Comisión Europea y las demás autoridades locales del continente, sus decisiones fueron estudiadas en este acápite.

¹²⁹ Sanción impuesta en 2021 a Auden Mckenzie y Actavis UK por cobrar al NHS precios excesivos en tabletas de hidrocortisona por una década. Ver comunicado de prensa del 15 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/cma-finds-drug-companies-overcharged-nhs>

¹³⁰ *Competition and Markets Authority*. Comunicado de prensa del 29 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-pharma-firm-over-pricing-of-crucial-thyroid-drug>

“Por la cual se archiva una investigación”

Finalmente, vale la pena resaltar que la doctrina europea especializada en la materia ha emitido diferentes posturas respecto a la conducta de precios excesivos. Si bien algunos expertos en la materia defienden en menor o mayor medida la aplicación de esta norma, como se verá a continuación, existe una postura generalizada dirigida a encontrar justificable una intervención directa en el establecimiento de precios posiblemente excesivos por parte de una empresa dominante únicamente en la presencia de ciertas condiciones específicas y especiales.

Lo anterior, toda vez que, en los últimos años, como ya fue mencionado, ha tomado fuerza la idea que el control de precios por parte de las autoridades de competencia representa un problema, pues los mercados tienden a auto corregirse, determinar el nivel en que un precio puede considerarse “excesivo” presenta dificultades y las autoridades de competencia no tienen la intención de convertirse en un regulador de precios¹³¹. En este orden de ideas, a continuación, se hace un resumen de algunas de las propuestas realizadas por expertos en la materia.

En primer lugar, se resalta la propuesta de Evans y Padilla (2005)¹³², la cual ha sido considerada como una de las más estrictas¹³³ dentro de la doctrina especializada en la materia. Estos autores proponen tres (3) condiciones que deben existir para que las autoridades de competencia intervengan en los casos de precios excesivos: **(i)** que la empresa investigada ostente una posición casi monopolística en el mercado, que no sea el resultado de inversiones pasadas o de trabajos de innovación, y que se encuentre protegida por insuperables barreras legales de entrada; **(ii)** que el precio cobrado por la empresa dominante exceda ampliamente el costo total promedio del producto; y **(iii)** que exista el riesgo que los precios cobrados puedan prevenir la entrada de nuevos productos o servicios en mercados adyacentes. Este último elemento hace referencia al carácter exclusorio que debe tener, para los autores, la conducta a ser sancionada como anticompetitiva, lo cual ha sido reiterado por otros doctrinantes, quienes manifiestan que además de ser explotativos, los precios excesivos deben generar efectos exclusorios en el mercado¹³⁴ para poder ser sancionados como un abuso.

En segundo lugar, Motta y De Streeel (2003)¹³⁵ proponen la intervención de las autoridades de competencia cuando se cumplan los siguientes requisitos: **(i)** la existencia de altas y no transitorias barreras de entrada, que lleven a una situación de monopolio o casi monopolio; **(ii)** la existencia de derechos especiales o exclusivos otorgados a la empresa dominante; **(iii)** que no exista una forma eficiente para que las autoridades de competencia eliminen las barreras de entrada; y **(iv)** que no exista un regulador en el sector que pueda solucionar la presencia de precios excesivos.

En tercer lugar, el exjefe económico de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, Lars-Hendrik Röller¹³⁶, planteó la intervención de las autoridades cuando se cumplen cinco (5) escenarios: **(i)** cuando existen barreras de entrada significativas; **(ii)** cuando el mercado no tiende a auto corregirse; **(iii)** no existen soluciones estructurales; **(iv)** no existe un regulador específico; y **(v)** cuando la posición dominante ha sido obtenida a través de conductas exclusorias en el mercado.

En cuarto lugar, Liyang Hou¹³⁷, menciona que, si bien la figura de precios excesivos debe seguir siendo sancionada por las autoridades de competencia, esto debe ocurrir únicamente en las siguientes condiciones excepcionales: **(i)** cuando existan altas y duraderas barreras de entrada; **(ii)** la empresa

¹³¹ Geradin, D. “The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe”. Tilburg University Legal Studies Working Paper. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678

¹³² Evans, D.S y Padilla, A.J. “Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules”. Journal of Competition Law and Economics. Vol. 1, Marzo 2005.

¹³³ Motta, M. y De Streeel, A. “Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?”. Texto contenido en “The Pros and Cons of High Prices”. Autoridad de Competencia de Suecia, Kalmar. P. 14-46

¹³⁴ Wish, R. y Bailey, D. “Competition Law”. Octava Edición. Oxford University Press. 2015. P. 765.

¹³⁵ Motta, M y De Streeel, A. “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law”. Documento presentado en la Octava jornada anual de competencia de la Unión Europea, Florencia, Junio de 2003. Disponible en: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.879.4404&rep=rep1&type=pdf>

¹³⁶ Roller, L-H. “Exploitative Abuses”. Business Brief No. BB-107-002, ESMT European School of Management and Technology. 2007. Disponible en: <https://d-nb.info/1012903311/34>

¹³⁷ Hou, L. “Excessive Prices Within EU Competition Law”. European Competition Journal. Vol. 7. 2011.

“Por la cual se archiva una investigación”

investigada cuenta con una “super” posición de dominio en el mercado¹³⁸; y (iii) no existan reguladores específicos en el sector. Adicionalmente, el autor afirma que en los casos en los que las autoridades de competencia identifiquen fallas regulatorias, podría estar justificada la intervención.

Finalmente, Damien Geradin¹³⁹ reconoce que en la actualidad existe un consenso respecto a que las prohibiciones a la imposición de precios excesivos por empresas dominantes solo deben ocurrir en situaciones excepcionales, cuando se presente: (i) barreras de entrada significativas y duraderas; (ii) sea imposible remover dichas barreras de entrada; y (iii) la innovación e inversión en el mercado sea limitada.

Así las cosas, se puede extraer de lo anterior que, si bien el régimen de derecho de la competencia vigente en la Unión Europea establece la existencia de prácticas anticompetitivas consistentes en el cobro de precios excesivos, las cuales son analizadas exclusivamente como una conducta de abuso de posición de dominio, no es suficiente con demostrar la presencia de una empresa dominante y la fijación de un precio alto para su configuración.

Por el contrario, y como ha sido desarrollado en el presente capítulo, se ha creado un conceso en que la práctica abusiva de precios excesivos debe ser sancionada de manera excepcional y deben presentarse una serie de condiciones adicionales, tales como la existencia de altas barreras de entrada que dificulten la entrada de nuevos competidores, la imposibilidad de remover dichas barreras o la inexistencia de un regulador específico, y que con la sanción se evite crear desincentivos en la industria para buscar mayor innovación e inversión que pudieran llevar a mayores beneficios, en el mediano y largo plazo, para el consumidor final.

8.4.2.3. América Latina y la sanción a los precios excesivos

En el caso de América Latina, algunas jurisdicciones siguen la misma línea de los Estados Unidos de no sancionar la figura de precios excesivos dentro de su regulación nacional. Así, países como México¹⁴⁰ y Perú¹⁴¹ no incluyen de manera expresa dentro de sus leyes de competencia este tipo de prácticas. Por su parte, Brasil ha sostenido tradicionalmente que los precios excesivos solo son una infracción a la normativa de competencia si tienen propósitos exclusorios¹⁴².

Por el contrario, existen otras jurisdicciones, como es el caso de Argentina y Chile, cuyo ordenamiento nacional contiene normas que permiten una interpretación similar a lo analizado anteriormente para el caso de la Unión Europea. En este orden de ideas, a continuación, se hará un breve resumen de la forma como se estudian este tipo de conductas en algunos de estos países, por ser algunas de las jurisdicciones de nuestra región que cuentan con un desarrollo normativo y jurisprudencial sobre este tipo de figuras en su ordenamiento nacional, lo cual las hace de gran relevancia para el análisis que se encuentra realizando la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso.

Así las cosas, en Argentina, se tiene que el artículo 3, inciso a), de la Ley No. 27.442 (Ley de Defensa de la Competencia), establece como posible práctica anticompetitiva la conducta de “fijar en forma

¹³⁸ El autor dice utilizar el término “super” dominancia para referirse a la presencia de un dominio “más allá de lo normal” (*more-than-normal dominance*) que, en sus palabras, debería incluir un poder de mercado “absolutamente abrumador”, un cuasi-monopolio.

¹³⁹ Geradin, D. “*The necessary limits to the control of “excessive” prices by competition authorities – A view from Europe*”. Tilburg University Legal Studies Working Paper. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022678

¹⁴⁰ Según la Ley Federal de Competencia Económica, las conductas de abuso de posición de dominio se consideran prácticas monopólicas relativas, y exigen, para su sanción, que “*tenga o pueda tener como objeto o efecto, en el mercado relevante o en algún mercado relacionado, desplazar indebidamente a otros Agentes Económicos, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de uno o varios Agentes Económicos*”.

¹⁴¹ En el caso de Perú, el artículo 10, numeral 10.2, del Decreto Legislativo No 1034 establece expresamente que las conductas de abuso de posición de dominio que son sancionadas corresponden únicamente a “*conductas de efecto exclusorio*”. Igualmente, el numeral 10.5 del mismo artículo establece que “*No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales*”.

¹⁴² Saavedra, E. y Tapia, J. “*El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: Análisis y Propuesta*”. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-151-a-la-180/estudios-publicos-n-153/el-control-de-los-precios-excesivos-en-el-derecho-de-la-libre>

“Por la cual se archiva una investigación”

directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado (...). Ahora bien, tanto para la doctrina como para las autoridades locales, la posibilidad de sancionar a través de esta norma la imposición de precios aparentemente excesivos exige, en primer lugar, la presencia de un agente económico con posición de dominio, pues la fijación de precios altos, para ser sancionados, debe representar un abuso de dicha posición, tal y como ocurre en el derecho europeo.

Así, para algunos doctrinantes, esta conducta “puede entrar dentro de la categoría de abuso de posición dominante y, en particular, de la categoría de abuso explotativo de dicha posición”¹⁴³. Por su parte, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina ha confirmado la posibilidad de sancionar, en el marco de la regulación actual, las conductas de fijación de precios excesivos como una conducta de abuso de posición de dominio con efectos explotativos en los consumidores. Así lo manifestó la entidad en las recientemente publicadas “Guías para el análisis de casos de abuso de posición dominante de tipo exclusorio”, en las cuales se dijo:

“(...) es posible calificar a las conductas abusivas en dos grandes categorías:

- Abusos exclusorios: (...)
- Abusos explotativos: Son aquellas conductas que explotan a clientes o proveedores (por ejemplo precios excesivamente altos, pero también puede haber condiciones abusivas en otras variables o dimensiones que son valoradas por los consumidores)”¹⁴⁴.

En igual sentido, en una decisión emitida recientemente¹⁴⁵, se sancionó a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), por haber cometido una conducta anticompetitiva de abuso de posición de dominio, consistente en imponer un precio excesivo con relación al valor que cobraba dicha sociedad al sector hotelero por la ejecución secundaria de obras musicales. En dicha oportunidad, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia manifestó en su dictamen del 17 de mayo de 2017 que:

“SADAIC ha fijado aranceles abusivos, excesivamente elevados en comparación, tanto con los vigentes en varios países de Iberoamérica como con los cobrados por otras entidades de gestión colectiva de derechos de autor que operan en Argentina. El cambio en la política arancelaria objetado por la denunciante ha sido una manifestación particularmente llamativa de esta práctica de abuso de posición dominante, destinada a perfeccionar la extracción de rentas de un mercado cautivo. Una maniobra que luce más bien destinada a aumentar la recaudación explotando aún más a los usuarios cautivos antes que a beneficiar a aquellos hoteles pequeños podrán eventualmente prescindir de ofrecer TV en sus habitaciones”.

De lo anterior se puede verificar que, en el caso de Argentina, se ha entendido la posibilidad de sancionar bajo el régimen legal de libre competencia la existencia de conductas de precios excesivos como una conducta de abuso de posición de dominio. Para esto, y basado en lo anterior, se evidencia la utilización de aspectos tales como la determinación de la posición de dominio de la empresa investigada y un análisis comparativo del precio supuestamente abusivo y el precio del mismo bien o servicio en otros mercados geográficos.

De hecho, en el año 2018, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina sometió a consulta pública un proyecto de lineamientos para la evaluación de conductas de abuso de posición dominante, en el cual se propuso el siguiente método de análisis para los casos de precios excesivos:

¹⁴³ Coloma, G. “El abuso explotativo de posición dominante y la nueva Ley de Defensa de la Competencia”. Disponible en: <https://ucema.edu.ar/~gcoloma/AbusoExplotativo.pdf>

¹⁴⁴ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. *Guías para el análisis de casos de abusos de posición dominante de tipo exclusorio*. 2019. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guias_abuso_posicion_dominante.pdf

¹⁴⁵ Resolución No. RESOL-2018-371-APN-SECC#MP, del 26 de junio de 2018 de la Secretaria de Comercio del Ministerio de Producción, previo dictamen emitido por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia del 17 de mayo de 2017.

“Por la cual se archiva una investigación”

“La denominación de “precios abusivos” se aplica generalmente a casos en los cuales dichos precios representan “precios excesivos”, es decir, precios fijados por un oferente con posición dominante en un mercado, que intenta explotar abusivamente a sus clientes o, indirectamente, a los consumidores de sus bienes o servicios (...)

A los efectos de evaluar si una política de precios es o no abusiva, la Autoridad de Aplicación tendrá fundamentalmente en cuenta los siguientes aspectos:

a) La relación entre el precio supuestamente abusivo y el costo de provisión del bien o servicio analizado, así como también la evolución de dicho precio en relación con la del mencionado costo de provisión;

b) La relación entre el precio supuestamente abusivo y el precio del mismo bien o servicio en otro mercado que se considere más competitivo;

c) La existencia de barreras a la entrada al mercado en el cual se está cobrando o pagando un precio supuestamente abusivo; y

d) La existencia de una regulación sectorial específica en el mercado en cuestión”¹⁴⁶.

Por otro lado, con relación al caso de Chile, el artículo 3 del Decreto Ley 211 (en adelante “DL 211”) ha sido interpretado como que permite sancionar precios excesivos¹⁴⁷, pues en su acápite b) considera como anticompetitiva *“la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”*.

No obstante, su aplicación no ha dejado de ser controvertida. Una de las primeras decisiones tomadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (en adelante “TDLC”) consistió en la Sentencia 93/2010 del 6 de enero de 2010. En dicha oportunidad, el Tribunal manifestó su desacuerdo con la imposición de una sanción por la existencia de precios excesivos si los mismos no estaban ligados a la existencia de otro abuso de posición de dominio. Así, el Tribunal defendió la tesis de que las autoridades de competencia no son entidades reguladoras, por lo cual su función no es la de establecer el precio al que deben cobrar las empresas por sus productos o servicios. Puntualmente, la sentencia citada señaló lo siguiente:

“Trigésimo. (...) este Tribunal estima que el mero hecho de que una empresa cobre precios excesivos sin que medie conducta abusiva alguna de su parte no constituye un caso de explotación abusiva de su posición dominante. Así se desprende del tenor literal del artículo 3 letra b) del DL 211, que exige que la explotación de una posición dominante sea abusiva para que atente contra la libre competencia.

Trigésimo primero. Que en efecto, es función de este Tribunal, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre mercado obligue a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera de que cobren un precio lo más cercano posible al competitivo, e inducir a la producción óptima. **Pero no es correcto sostener que este Tribunal -mediante el expediente de determinar, en un caso concreto, cuáles precios serían excesivos y cuáles no- se erija en un regulador de precios a consumidores finales, pues dicha regulación sólo puede efectuarse por expresa disposición legal en mercados que así lo requieran,** por ejemplo, en el caso de monopolios naturales con gran poder de mercado, y ello con todas las garantías que la legislación sectorial otorga a la empresa regulada, las que

¹⁴⁶ Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. *Proyecto de Lineamientos para el Análisis de Casos de Abuso de Posición Dominante.* Versión preliminar. Septiembre de 2018. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_lineamientos_abuso_posicion_dominante.pdf

¹⁴⁷ Centro Competencia Universidad Adolfo Ibáñez. *“¿Es posible sancionar por precios excesivos en tiempos de covid-19?”* Mayo, 2020. Disponible en: <https://centrocompetencia.com/es-posible-sancionar-por-precios-excesivos-en-tiempos-de-covid-19/>

“Por la cual se archiva una investigación”

*no podrían darse en un procedimiento contencioso como el de autos*¹⁴⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Sin embargo, en un caso más reciente, el TDLC, en la Sentencia 140/2014, dio un giro a su postura, y reconoció que los precios excesivos podrían llegar a ser una conducta anticompetitiva de acuerdo al DL 211. Aunque finalmente el Tribunal descartó la sanción a la empresa investigada, señaló que los precios excesivos se encuentran recogidos tanto en el inciso primero del art. 3 del DL 211, como en el acápite b) de dicha norma. La aceptación legal de esta figura, según la sentencia, se encontraría además respaldada por fundamentos doctrinarios, jurisprudencia internacional y en las decisiones pasadas en que el mismo Tribunal sancionó conductas vinculadas a precios excesivos.

Uno de los aspectos más relevantes de esta decisión fue que el TDLC estableció que la conducta de precios excesivos debe ser interpretada de manera selectiva y restrictiva. De hecho, hizo énfasis en que, para ser sancionado, el precio debe tener la condición de ser “*extremadamente excesivo*”. Así, señaló la citada sentencia:

*“Que dado todo lo anterior, **la práctica de imposición de precios excesivos debe ser interpretada de manera selectiva y restrictiva y, en consecuencia, el test que se establezca sólo está destinado a determinar cuándo un precio es extremadamente excesivo**”*¹⁴⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Con base en lo anterior, el TDLC estableció un test compuesto de dos (2) etapas para establecer la ilegalidad de la conducta. La primera consistente en analizar el mercado relevante, con el objetivo principal de determinar la fuente de la posición de dominio de la empresa investigada. En segundo lugar, busca determinar si los precios cobrados resultan “*extremadamente*” excesivos, para la cual es el Tribunal el encargado de determinar, sobre la base de la información disponible, el conjunto de estándares o puntos de referencia que tenga sentido económico utilizar en el caso concreto. De manera textual, el TDLC afirmó:

*“**Decimosexto. Que para determinar si una firma ha incurrido en la práctica en comento, este Tribunal efectuará un análisis que comprende dos etapas. La primera consiste en determinar el mercado relevante y analizar su estructura, con la doble finalidad de determinar si se está en presencia de una firma dominante cuya posición no sea resultado de inversiones pasadas o innovación, sino de otras fuentes, como derechos especiales o exclusivos; y si existen barreras de entrada altas y de naturaleza no transitoria que protejan el mercado;***

***Decimoséptimo. Que las barreras de entrada a que se hace referencia en la consideración precedente deben, por cierto, ser más altas que aquellas que normalmente sirven para determinar la dominancia, pues lo relevante en el análisis es, en última instancia, determinar la posibilidad real de optar que tiene el agente económico cuya actividad se encuentra constreñida por tales barreras.** Es decir, se debe tratar de barreras muy difíciles de superar en la práctica. En otras palabras, el análisis en este punto tiene por objetivo determinar si el consumidor posee alternativas creíbles al producto que le ofrece la firma con poder de mercado significativo;*

Decimooctavo. Que, por su parte, la segunda etapa del análisis consiste en examinar los precios cobrados por la firma dominante para determinar si ellos son extremadamente excesivos. Si bien la doctrina ha identificado una serie de benchmarks o estándares de comparación tendientes a distinguir en concreto entre precios excesivamente altos y precios competitivos, todos ellos han sido sujetos a críticas serias que impiden que puedan ser considerados por separado como determinantes para efectuar una evaluación (...). Por tanto, a juicio de este Tribunal, el análisis debe ser efectuado utilizando de manera simultánea todos los estándares de comparación disponibles, incluyendo, por ejemplo, el análisis de costos (lo que en concreto implica establecer si el precio cobrado por el producto excede el costo medio total), precios (por ejemplo, históricos o cobrados a diversas clases de clientes) y utilidades de la firma dominante. Lo más relevante para estos

¹⁴⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. Sentencia 93/2010 del 6 de enero de 2010.

¹⁴⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. Sentencia 140/2014 del 4 de noviembre de 2014.

“Por la cual se archiva una investigación”

propósitos es que los estándares escogidos sean razonables y tengan sentido económico, esto es, que provean de información útil acerca de las características del precio bajo análisis y cuán cercano se encuentra éste de lo que se esperaría fueran las condiciones de competencia imperantes en el mercado, siendo secundario cuán imperfecta o limitada pueda eventualmente ser dicha información¹⁵⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Ahora bien, vista la forma en que la jurisdicción chilena se ha aproximado a la figura de precios excesivos, vale la pena mencionar que algunos autores de doctrina especializada de ese país han buscado proponer la creación de nuevos *tests* que permitan a la autoridad de competencia analizar los posibles abusos de posición de dominio por imposición de precios excesivos. Es el caso del texto presentado por Saavedra y Tapia¹⁵¹, en el cual dichos autores proponen un *test* compuesto por tres (3) etapas, con el fin de crear una “*regla única, objetiva y de fácil aplicación práctica, que permite determinar cuándo un precio debiera ser considerado excesivo (...)*”¹⁵².

Así, la primera etapa propuesta consiste en determinar si la empresa investigada es “*superdominante*” en el mercado relevante. Lo anterior quiere decir que al igual que en otros casos de abuso de posición de dominio la autoridad deberá adelantar un estudio de mercado. Sin embargo, para los casos de precios excesivos, los autores proponen un análisis más estricto, toda vez que “*una prohibición de estos precios sólo tendrá sentido económico si no existe la posibilidad de que las propias fuerzas del mercado remuevan o disminuyan de manera relevante la posición de dominio*”¹⁵³.

Para lo anterior, se propone que la autoridad de competencia (i) realice una estricta evaluación de las barreras de entrada al mercado y (ii) eleve el umbral de dominancia del 50% de participación de mercado, el cual ha sido el establecido históricamente por la jurisprudencia chilena, al 75% de participación¹⁵⁴.

La segunda etapa consiste en establecer si el precio efectivamente cobrado es excesivo, para lo cual se analizará si el mismo está o no por debajo de cierto umbral, que corresponde al valor más alto entre dos alternativas de precios¹⁵⁵, a saber: (i) el precio establecido por el planificador central el cual cubra los costos medios de largo plazo del monopolio regulado; o (ii) el precio de mercado que cobraría una empresa dominante en un mercado oligopólico.

En este sentido, si del análisis hecho por la autoridad se encuentra que el precio efectivamente cobrado está por debajo de dicho umbral, no debería ser revisado ni sancionado. Si, en cambio, dicho precio se encuentra por encima de este umbral, debería ser considerado, *prima facie*, como excesivo.

Finalmente, la tercera etapa buscaría evidenciar si la firma investigada puede o no justificar económicamente el precio cobrado y que, según el análisis de la segunda etapa, se presenta como excesivo. A diferencia de otros *test* propuestos¹⁵⁶, en este caso los autores proponen que sólo hasta esta tercera etapa los investigados puedan buscar justificar sus precios a partir de la existencia de innovaciones y/o inversiones pasadas¹⁵⁷, entre otras¹⁵⁸.

De esta forma, y al igual que lo ocurrido en la Unión Europea, la doctrina y jurisprudencia chilena, si bien reconocen la posibilidad de sancionar en ocasiones la imposición de precios excesivos por parte de una empresa dominante en el mercado, establecen que este tipo de conductas deben ser analizadas de manera excepcional, y una vez se cumpla un estricto procedimiento de verificación a

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Saavedra, E. y Tapia, J. “*El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: Análisis y Propuesta*”. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-151-a-la-180/estudios-publicos-n-153/el-control-de-los-precios-excesivos-en-el-derecho-de-la-libre>.

¹⁵² *Ibidem*. Pág. 99-100.

¹⁵³ *Ibidem*. Pág. 121.

¹⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 122.

¹⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 123.

¹⁵⁶ Como los analizados anteriormente de Evans, D.S. y Padilla, A.J. (ver cita 83), Geradin, D. (ver cita 89), entre otros.

¹⁵⁷ Saavedra, E. y Tapia, J. “*El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: Análisis y Propuesta*”. P. 135. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-151-a-la-180/estudios-publicos-n-153/el-control-de-los-precios-excesivos-en-el-derecho-de-la-libre>.

¹⁵⁸ Los autores manifiestan que “*No es posible establecer, por cierto, un catálogo cerrado de posibles justificaciones*”.

“Por la cual se archiva una investigación”

través del cual se pueda determinar: **(i)** que la empresa investigada efectivamente ostente una posición de dominio en el mercado. Sin embargo, se ha propuesto que en casos de precios excesivos, el umbral para determinar la posición dominante de un agente en el mercado debe ser, por ejemplo, de un 75% de participación, de forma que *“pueda decirse (...) que en este último tipo de casos debiera buscarse una suerte de superdominancia”*¹⁵⁹; **(ii)** que existan altas barreras de entrada que dificulten la participación de nuevos competidores; y **(iii)** que se utilicen una serie de métodos para determinar el carácter excesivo del precio, de forma que no se corra el riesgo de que la decisión de la autoridad genere desincentivos o efectos indeseables en el mercado.

8.4.2.4. Conclusiones del análisis sobre la aplicación de las normas de precios excesivos en las jurisdicciones estudiadas

Analizada la forma como diferentes regímenes de libre competencia se aproximan a la figura de los precios excesivos, este Despacho encuentra una serie de elementos que se presentan de gran relevancia para el análisis que se debe realizar respecto a la figura contemplada en el ordenamiento nacional, específicamente en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así, se resalta la postura tomada en los Estados Unidos y algunos países de América Latina (México y Perú), según la cual no corresponde a la autoridad de competencia la sanción de precios altos impuestos por empresas con poder monopólico en los diferentes mercados. Sin embargo, lo que resulta más relevante, es que dicha postura se fundamenta en la creencia de que, por un lado, la posibilidad de imponer este tipo de precios se presenta como un incentivo para las diferentes empresas de competir vigorosamente e innovar con sus productos, lo que termina generando un crecimiento económico deseable. Y, por otro lado, en que la presencia de precios altos en un determinado mercado, que no cuente con altas barreras de entrada, tiende a atraer nuevos competidores, cuyo comportamiento permitirá la disminución del precio monopólico, haciendo que la misma ley de oferta y demanda que gobierna los mercados competitivos se encargue de regular cualquier conducta explotativa por parte del agente dominante.

A su vez, se pudo evidenciar que, en el derecho de la competencia de la Unión Europea, así como en algunos países latinoamericanos, específicamente Argentina y Chile, si bien se reconoce la posibilidad de sancionar este tipo de conductas, previo a esto deben tenerse en cuenta ciertas particularidades de los mercados estudiados.

La primera, que en todas estas jurisdicciones la conducta de precios excesivos se sanciona como un abuso de posición de dominio, protegida por la existencia de muy altas barreras de entrada (de hecho, en ocasiones se ha hablado del concepto de super dominancia). Esto, en el entendido que la intervención estatal solo debe darse en los casos en que definitivamente las fuerzas del mercado impidan el abuso explotativo por parte de un agente económico. De hecho, llama la atención la postura de cierto sector de la academia que establece que este tipo de conductas solo deben ser sancionadas cuando, además de un efecto explotativo, se generan efectos exclusorios en los mercados.

La segunda particularidad que se encuentra de las jurisdicciones estudiadas que contemplan la figura de precios excesivos en sus ordenamientos, es que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han reconocido que se trata de conductas que deben ser investigadas y sancionadas de manera excepcional y únicamente cuando un análisis de los precios cobrados, teniendo en cuenta diferentes métodos de comparación, evidencie efectivamente el carácter excesivo del precio, de forma que se mitigue el riesgo de que la decisión pueda generar un desincentivo a participar, competir e innovar en el mercado.

¹⁵⁹ Saavedra, E. y Tapia, J. “El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: Análisis y Propuesta”. P. 135. Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-151-a-la-180/estudios-publicos-n-153/el-control-de-los-precios-excesivos-en-el-derecho-de-la-libre>.

“Por la cual se archiva una investigación”

8.4.3. Precios excesivos en situaciones de crisis

Hasta este punto, se ha analizado la forma en que diferentes jurisdicciones y la doctrina internacional han entendido el concepto de precios excesivos, y cómo este tipo de conductas han sido sancionadas e investigadas por algunos ordenamientos jurídicos, como un abuso de posición de dominio. Sin embargo, hoy en día resulta de total importancia estudiar la aplicación de figuras jurídicas para enfrentar situaciones de crisis, como lo puede ser la pandemia actual por COVID-19, que generan distorsiones en los mercados nacionales e internacionales.

De hecho, debe mencionarse que este tipo de escenarios no son novedosos ni son consecuencia exclusiva de la pandemia actual, pues el mundo ha presenciado diferentes situaciones extremas¹⁶⁰, que generan distorsiones en los mercados, aumentan la demanda de bienes y servicios, y producen escasez de productos de primera necesidad¹⁶¹. En este sentido, y como respuesta a estas situaciones, a nivel mundial existen diferentes figuras jurídicas que buscan evitar que los consumidores se puedan ver afectados por estas distorsiones en los mercados.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos se han implementado figuras de protección directa para los consumidores respecto a posibles aumentos repentinos e injustificados de precios (*Price Gouging*). Sin embargo, en el contexto norteamericano, este tipo de normas no se encuentran establecidas como una violación al régimen *Antitrust*¹⁶² y suponen, por el contrario, la violación a un precio previamente regulado en el marco de una declaratoria de estado de emergencia por parte de autoridades locales¹⁶³.

En otras palabras, en Estados Unidos, diferentes regulaciones a nivel estatal¹⁶⁴ incluyen prohibiciones expresas a que, en el marco de un estado de emergencia previamente declarado, agentes de mercado aumenten el precio de sus productos por encima de un umbral previamente determinado, caso en el cual se considerará que el precio deviene “excesivo” o “inadmisible”¹⁶⁵. En términos generales, esta conducta es entendida como una medida de protección directa a los consumidores, que no hace referencia a las normas de protección de la competencia¹⁶⁶.

No obstante, a raíz de la situación generada por la pandemia del COVID-19, diferentes doctrinantes han resaltado la relación existente entre las normas de “*Price Gouging*” y el derecho *Antitrust* norteamericano, relación que tiene como elemento principal el hecho que, por lo general, ambas inician como consecuencia de una queja presentada por un consumidor por un aumento de precio¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Desastres naturales u ocasionados por humanos.

¹⁶¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “*Exploitative pricing in the time of COVID-19*”.

¹⁶² Cooley Alert. “*COVID-19: Antitrust Implications of Dynamic Pricing, Online Third-Party Seller Platforms and Price Gouging*”. 2020. “*US federal antitrust law, by contrast, does not specifically outlaw price gouging. So long as companies price independently, under federal antitrust law companies are generally free to price their goods and services as they see fit, even in times of public health emergencies*”. Disponible en: <https://www.cooley.com/news/insight/2020/2020-03-30-covid-19-antitrust-implications-of-dynamic-pricing-online-third-party-seller-platforms>.

¹⁶³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “*Excessive Prices*”. 2011. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>

¹⁶⁴ Aunque no existe ninguna regulación a nivel federal, el pasado 23 de marzo de 2020 el Presidente de los Estados Unidos emitió una orden ejecutiva, soportada en el *Defense Production Act*, en la que ordenaba tomar las medidas necesarias para prevenir la comisión de conductas de *Price Gouging* sobre productos que denominó como “críticos” para enfrentar la crisis generada por la pandemia del Covid-19 (Ver: <https://www.cnn.com/2020/07/24/trump-announces-series-of-executive-orders-aimed-at-lowering-drug-costs.html>).

¹⁶⁵ El umbral para determinar el carácter de “excesivo” de un precio varía en cada estado, sin embargo el promedio es entre el 10% y 25% del precio promedio de los productos tomados como esenciales para enfrentar la crisis, en un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la declaración del estado de emergencia. Ver: <https://www.findlaw.com/consumer/consumer-transactions/price-gouging-laws-by-state.html>

¹⁶⁶ The Congressional Research Service. “*Price Gouging, the Antitrust Laws, and Vertical Integration in the Petroleum Industry. How they are related*”: 2008. Disponible en: https://www.everycrsreport.com/files/20080528_RS22262_721edb70a3cacc2800bede90d2c0c0439b34c777.pdf

¹⁶⁷ Ondeck, C., Ingrassia, J., Masters, O., Moser, N. y Tarr, J. “*Pricing in an Emergency: Where Price Gouging Meets Antitrust*”. *National Law Review*, Vol. X, Num. 142. 2021. Disponible en: <https://www.natlawreview.com/article/pricing-emergency-where-price-gouging-meets-antitrust>

“Por la cual se archiva una investigación”

Por este motivo, se han emitido diferentes pronunciamientos por parte de autoridades norteamericanas¹⁶⁸ sobre la necesidad de perseguir tanto las conductas que puedan representar una violación a las normas de libre competencia, así como una infracción a las regulaciones específicas relacionadas con el *Price Gouging*, tanto a nivel estatal¹⁶⁹ como a nivel federal¹⁷⁰.

Por su parte, es importante mencionar que desde el inicio de la pandemia actual, han sido varias las autoridades de competencia a nivel mundial que han anunciado su intención de perseguir y/o vigilar casos de aumentos de precios en los diferentes mercados nacionales, a la luz de lo establecido en las normas que regulan la imposición de precios excesivos como una conducta anticompetitiva.

Por ejemplo, en el Reino Unido, la CMA (*Competition & Markets Authority*), manifestó el marzo 5 de 2020 que:

“La CMA quiere asegurar que agentes económicos no exploten la situación actual para sacar ventaja de la gente. La autoridad tendrá en cuenta cualquier evidencia de que compañías hayan incumplido las normas de libre competencia o protección al consumidor, por ejemplo, cobrando precios excesivos o haciendo afirmaciones engañosas respecto a la eficacia de los equipos de protección. Tomará medidas directas en los respectivos casos”¹⁷¹.

Por otra parte, algunas autoridades, como es el caso de la *Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato* en Italia, iniciaron actuaciones por el supuesto aumento abusivo e injustificado de precios de productos de protección y cuidado en contra de la COVID-19. Así, en un comunicado de prensa, la autoridad italiana manifestó:

“La Autoridad de Protección de la Competencia y el Mercado envió hoy una solicitud de información a las principales plataformas de venta en línea sobre los métodos de comercialización de productos desinfectantes de manos y mascarillas desechables para la protección de las manos.

La intervención resultó de numerosos informes de consumidores y asociaciones que se quejaron, por un lado, de la presencia de reclamos relativos a la supuesta efectividad de los productos mencionados en materia de protección y / o contraste frente al Coronavirus y, por otro, el injustificado incremento sustancial de los precios de los mismos productos registrado en los últimos días”¹⁷².

En América Latina, el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE), autoridad de competencia de Brasil, inició una investigación contra “*los principales actores de la industria de la salud de todo el país. El objetivo es averiguar si las empresas de este sector estarían incrementando precios de forma abusiva ante la alta demanda motivada por los cuidados del Covid-19*”¹⁷³.

¹⁶⁸ En marzo de 2020, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ por sus siglas en inglés) emitió una declaración en la que afirmó que privilegiaría la investigación de posibles violaciones a las normas de la libre competencia cometidas sobre productos encaminados a la protección de la pandemia del COVID-19 (ver: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-cautions-business-community-against-violating-antitrust-laws-manufacturing>)

¹⁶⁹ Por ejemplo, el 17 de marzo de 2020, el fiscal general (*Attorney General*) del estado de Illinois emitió un comunicado en el que alertó a las empresas que se tomarían medidas para evitar el aumento de precios de los productos cruciales para enfrentar la pandemia del Covid-19. Disponible en: https://illinoisattorneygeneral.gov/pressroom/2020_03/20200317b.html

¹⁷⁰ El 23 de marzo de 2020, la *Federal Trade Commission* (FTC por sus siglas en inglés) emitió un comunicado en el que confirmó que tomaría medidas para evitar abusos en contra de los consumidores frente a los productos para enfrentar la pandemia del Covid-19, a través de su oficina de Protección al Consumidor (*Bureau of Consumer Protection*). Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1569773/final_chairman_covid_statement_3262020.pdf

¹⁷¹ Competition & Markets Authority. “*Covid-19: Sales and pricing practices during coronavirus outbreak*”. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/covid-19-sales-and-pricing-practices-during-coronavirus-outbreak>. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁷² *Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato*. Comunicado de Prensa, 27 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/PS11705>. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁷³ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Comunicado de prensa, 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-inicia-coleta-de-dados-para-subsidiar-investigacao-no-setor-de-produtos-medicos-farmaceuticos>. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

“Por la cual se archiva una investigación”

Especialmente, vale la pena resaltar la labor adelantada por la *Competition Commission* de Sudáfrica, que ha sido una de las autoridades de competencia con más actividad a la hora de perseguir casos de precios excesivos en el marco de la pandemia del COVID-19, como vulneraciones al régimen de libre competencia económica. De hecho, en un comunicado del 20 de marzo de 2020, esta autoridad manifestó que priorizaría la investigación de casos de precios excesivos, sancionados por la ley de libre competencia¹⁷⁴.

Ejemplo de lo anterior es que el 9 de abril de 2020, la *Competition Commission* presentó ante el Tribunal de Competencia Sudafricano su primer caso de precios excesivos en el contexto de la pandemia, en contra de una empresa que habría aumentado los precios de las mascarillas en un 888% entre diciembre de 2019 y marzo de 2020¹⁷⁵. Posteriormente, el 23 de abril de 2020, la misma autoridad presentó otro caso similar contra una empresa vendedora de productos farmacéuticos por el cobro de precios excesivos de mascarillas quirúrgicas¹⁷⁶.

Como consecuencia de lo anterior, el 1 de junio de 2020, el Tribunal de Competencia Sudafricano tomó una decisión respecto al caso que le fue presentado el 9 de abril de 2020 por la *Competition Commission*. Esta decisión resulta de gran relevancia, pues a la hora de analizar el elemento de dominancia de la empresa investigada, esencial para la existencia de una sanción por la imposición de precios excesivos en este país, manifestó que la conducta que se cometa en el marco de una situación excepcional y de crisis, como la pandemia COVID-19, requiere de la autoridad de competencia un análisis que precisamente tenga en cuenta dicha situación y se adapte a las circunstancias excepcionales. Así, manifestó el Tribunal:

“67. El caso de la Comisión no es sobre poder de mercado en tiempos ordinarios, sino de poder de mercado en circunstancias de mercado no ordinarias, en el contexto del Covid-19. Estamos de acuerdo que este contexto es el prisma a través del cual la conducta de precios de Babelegi debe analizarse (...)”¹⁷⁷.

En el mismo sentido, resaltó el Tribunal que situaciones de crisis, como la presentada por la pandemia por COVID-19, pueden generar distorsiones en los mercados, de forma que empresas que en condiciones normales no contaban con una alta participación de mercado, adquieran una posición de dominio.

“69. El rápido desarrollo del virus del Covid-19 alrededor del mundo resultó en el aumento de demanda de algunos productos, tales como máscaras, modificando las cadenas de comercialización nacionales e internacionales. El contexto analizado es, por tanto, la imposición de precios durante una crisis sanitaria, con sus respectivas consecuencias económicas. (...).

(...)

71. Los aumentos de precios realizados por las empresas, durante periodos de crisis o desastres, se conoce normalmente como ‘Price Gouging’. ‘Price Gouging’ ocurre en situaciones en dónde las empresas sacan ventaja de situaciones de crisis, emergencias civiles o desastres, para cobrar precios excesivos por productos que son utilizados por los ciudadanos para soportar dicha situación.

(...)

¹⁷⁴ Competition Commission South Africa. Comunicado de prensa del 20 de marzo de 2020. Disponible en: <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/03/CCSA-COVID-19-statement-20-March-updated.pdf>

¹⁷⁵ Competition Commission South Africa. Comunicado de prensa del 15 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/04/Media-Statement-COMMISSION-CRACKS-DOWN-ON-EXCESSIVE-PRICING.pdf>

¹⁷⁶ Competition Commission South Africa. Comunicado de prensa del 23 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2020/04/A-NATIONAL-PHARMACEUTICAL-WHOLESALE-DISTRIBUTOR-AND-RETAILER-CHARGED-FOR-INFALTING-PRICES-DURING-COVID-19-DISASTER-.pdf>

¹⁷⁷ Competition Tribunal of South Africa. Decisión del 1 de junio de 2020. Caso No. CR003Apr20.

“Por la cual se archiva una investigación”

73. En situaciones de crisis, como la del Covid-19, se presentan normalmente modificaciones en los mercados, tales como alteraciones en la comercialización de productos o el aumento de demanda por ciertos bienes, utilizados por los consumidores en el intento de protegerse o como respuesta a los retos que presenta la crisis. Estas situaciones, desde un punto de vista económico, pueden tener como efecto el eliminar presiones competitivas en los mercados. **Esto puede otorgar a las empresas, por ejemplo comercializadores o distribuidores, o productores locales de un producto en especial, poder de mercado que les permite incrementar los precios sin ninguna presión, hasta tanto las condiciones competitivas normales se restablezcan (...)**¹⁷⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Lo manifestado por el Tribunal de Competencia Sudafricano resulta de gran relevancia si se tiene en cuenta que señala que la conducta de precios excesivos requiere la presencia de un agente de mercado con una alta participación en el mismo, por lo que situaciones de crisis, como la pandemia por COVID-19, exigen de las autoridades de competencia un análisis sobre los posibles efectos en los mercados nacionales, cuya composición se puede ver afectada.

Precisamente, sobre este aspecto la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, “OCDE”) publicó el 27 de abril de 2020 el documento “*OECD competition policy response to COVID-19*”, en el cual plasmó algunas recomendaciones de política de competencia para hacer frente al COVID-19. Puntualmente, respecto al posible aumento de precios generado por la crisis, la OCDE reconoció que los mismos pueden responder a un aumento en los costos de las empresas existentes, o a prácticas de naturaleza explotativa por parte de agentes de mercado. Así, el documento manifestó:

“Durante una crisis, puede haber un fuerte aumento de precios de ciertos bienes. **Si bien los picos de precios pueden ser la consecuencia legítima de un cambio en las circunstancias del mercado debido a la crisis**, como la escasez de productos con alta demanda o interrupciones en las cadenas de suministro internacionales, **existe el riesgo de que las empresas exploten estratégicamente a los consumidores en una economía en dificultades**. La explotación del consumidor a través de políticas de precios (por ejemplo, precios excesivos) a menudo se denomina ‘price gouging’ cuando implica un aumento de precios rápido y significativo después de algún tipo de choque en la demanda o la oferta (por ejemplo, como resultado de un terremoto o una pandemia).

En estas situaciones, las empresas pueden aumentar los precios en relación con los costos o reducir la producción para maximizar las ganancias relacionadas con las existencias anteriores adquiridas a precios más bajos. **En algunas jurisdicciones, los precios excesivos pueden considerarse un abuso de posición de dominio. Se trata de casos complejos, que requieren la existencia de una posición dominante en primer lugar**. Las autoridades con un mandato de protección del consumidor también pueden abordar tales aumentos de precios como infracciones. En cualquier caso, el desafío para los encargados de hacer cumplir la ley es distinguir un comportamiento que es abusivo o injusto, respectivamente, de uno que refleja una respuesta legal a una escasez temporal resultante de la emergencia en cuestión. Otra forma de abordar el problema son los controles de precios implementados por el gobierno. Si bien estas políticas pueden proteger a los consumidores de la especulación de precios a corto plazo, corren el riesgo de distorsionar las señales de precios que de otro modo alentarían una mayor producción y una rápida entrada al mercado para abordar la escasez”¹⁷⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Posteriormente, el 26 de mayo de 2020, la OCDE publicó un segundo documento denominado “*Exploitative pricing in the time of Covid-19*”, en el que resaltó la importancia de la definición del mercado a la hora de analizar conductas de precios excesivos, puesto que dicha práctica, para ser sancionada, requiere la presencia de una alta participación de mercado. En este sentido, el documento hace énfasis en que las autoridades de competencia en un momento de crisis deben tener en cuenta las posibles variaciones que pueden presentarse en las estructuras del mercado, en las que una

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “*OECD competition policy responses to COVID-19*”. 27 de abril de 2020. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-egxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

“Por la cual se archiva una investigación”

empresa, que anteriormente contaba con una baja cuota de participación, podría llegar a ser dominante debido a los impactos generados por la situación de crisis.

“Impugnar precios excesivos bajo la ley de competencia (en jurisdicciones donde esto es posible) siempre requiere que la autoridad de competencia demuestre que la empresa infractora tiene un grado suficiente de poder de mercado. Incluso en circunstancias normales, esta es una propuesta desafiante, que requiere la identificación del mercado relevante, seguida de un análisis en profundidad para determinar que la empresa investigada posee el nivel requerido de poder de mercado (OCDE, 2006 [6]). Estos desafíos se agravan en una crisis, donde el poder de mercado puede desaparecer tan repentinamente como apareció, y donde la evidencia tradicional de poder de mercado en asuntos como cuotas de mercado, barreras de entrada, poder de compra, etc., puede ser difícil de conseguir.

A pesar de esto, las autoridades aún pueden determinar si una empresa tiene suficiente poder de mercado. Al hacerlo, las autoridades de competencia deberán tener en cuenta las limitaciones que plantea la crisis.

Las limitaciones en el suministro y las estrictas restricciones de circulación pueden impedir “cadenas de sustitución” efectivas dentro del mercado producto relevante, haciendo que los mercados geográficos sean más pequeños de lo habitual. Además, desde la perspectiva de la oferta, el cierre de fábricas, la ruptura de las cadenas de valor y la reducción de los niveles de comercio internacional pueden hacer que un proveedor se vuelva esencial para el suministro de los bienes necesarios en determinadas áreas. Por el lado de la demanda, el confinamiento puede limitar severamente la capacidad de los consumidores para moverse para comprar bienes y servicios. En este contexto, incluso una tienda local puede adquirir un poder de mercado sustancial y ser capaz de aumentar significativamente los precios incluso si disfruta de una oferta abundante (Motta, 2020). Además, la ausencia de alternativas y la esencialidad de los productos pueden proporcionar evidencia de una falta de poder de compra incluso cuando uno podría esperar que exista, por ejemplo, en el contexto de la contratación pública¹⁸⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Otro de los retos que se presentan para las autoridades de competencia en una época de crisis corresponde al de determinar el método correcto para concluir si un precio es excesivo o no. Según el documento anteriormente citado, la OCDE manifiesta que, en dichas circunstancias, los métodos basados en comparación de precios pueden ser los más efectivos. Esto, sin dejar de lado la dificultad que estos métodos puede representar, toda vez que el aumento del precio siempre puede corresponder a un aumento en los costos de cada participante del mercado.

“Dado que todos los métodos para determinar si un precio es excesivo bajo la ley de competencia tienen debilidades, los análisis de precios excesivos deben realizarse de acuerdo con tantos métodos como sea posible en la práctica, y buscar evidencia sólida de que los precios son realmente excesivos (OCDE, 2011, págs. 62-63 [1]). En el contexto de productos internacionales y una crisis global, las comparaciones de precios internacionales pueden resultar particularmente útiles, incluso si se debe asegurar que los comparadores se seleccionen de acuerdo con criterios objetivos, apropiados y verificables.

Si bien las autoridades de competencia pueden recurrir a cada uno de estos métodos o a una combinación de ellos, **en el contexto de una crisis es probable que el método principal para determinar si los precios son excesivos sea centrarse en puntos de referencia basados en los precios, especialmente antes y después de la crisis. No obstante, las autoridades de competencia deben tener cuidado, ya que las empresas pueden estar reaccionando a aumentos en sus propios costos**, por ejemplo, debido al aumento de los costos de los insumos (...). En última instancia, seguirá siendo necesario un análisis cuidadoso de los mercados y el comportamiento de las empresas.

¹⁸⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “Exploitative pricing in the time of COVID-19”. 26 de mayo de 2020. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130_130807-eqxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

“Por la cual se archiva una investigación”

*Distinguir entre comportamiento de precios legal e ilegal sigue siendo un desafío y, en última instancia, dependerá no solo de métodos para determinar si los aumentos de precios son excesivos, sino también de evaluaciones de si estos aumentos de precios son injustificados e injustos*¹⁸¹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En línea con lo anterior, algunos doctrinantes expertos en la materia¹⁸² han reconocido que en situaciones extraordinarias, como la generada por la pandemia del COVID-19, la aplicación de normas del derecho de la competencia, específicamente la relacionada con precios excesivos, puede tener lugar, toda vez que los impactos en las estructuras de los mercados ocasionadas por la pandemia puede justificar la necesidad de confrontar conductas sobre los precios por parte de empresas que adquieren una posición de dominio significativa que no responden a inversiones pasadas¹⁸³.

No obstante, afirman igualmente que la aplicación de esta normatividad debe realizarse de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia nacional y, especialmente, teniendo en cuenta que en mercados en donde la oferta puede responder fácilmente al incremento de demanda generada por la crisis, una aplicación estricta de figuras como la prohibición de precios excesivos puede desincentivar la producción y entrada de nuevos competidores al mercado¹⁸⁴.

De esta forma, puede concluirse que, a nivel mundial, se han desarrollado diferentes estrategias y normativas que buscan proteger a los consumidores de los efectos negativos derivados de un incremento en precios.

Es de resaltar que algunas jurisdicciones, como es el caso de Estados Unidos, establecen regulaciones específicas para los bienes que puedan ser considerados como esenciales a efectos de enfrentar la situación de crisis. Esto toda vez que, como ya fue desarrollado en capítulos anteriores, dichas normatividades no contemplan la posibilidad de las autoridades de competencia de perseguir y sancionar los aumentos de precios propiciados por parte de un agente económico.

Por su parte, los regímenes de libre competencia, como el europeo, surafricano y el de algunos países de América Latina, que contemplan las figuras de abuso de posición de dominio a través de la imposición de precios excesivos, han justificado la intervención de las autoridades de competencia en ocasiones excepcionales.

Así, y como fue puesto de presente, se ha afirmado que a la hora de analizar el comportamiento de los agentes económicos en un momento de crisis, deberán tenerse en cuenta los cambios estructurales que puedan surgir, los cuales podrán conducir a que una empresa que anteriormente no necesariamente contaba con algún grado de poder de mercado sostenible, dada la circunstancia, lo tenga y de esta manera, pueda, establecer, de manera unilateral y sostenida, los precios finales cobrados a los consumidores.

Por este motivo, se ha entendido que en todo caso la autoridad de competencia no queda eximida de realizar un análisis de cada caso concreto, a la luz de la normatividad y jurisprudencia nacional, sobre la estructura del mercado, la existencia de barreras de entrada, y la posibilidad de que el precio aparentemente excesivo, aún en épocas de crisis, pueda ser regulado por los factores de oferta y demanda. Lo anterior, pues no puede correrse el riesgo de que la decisión de la autoridad de

¹⁸¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “*Exploitative pricing in the time of COVID-19*”. 26 de mayo de 2020. Disponible en: <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=130130807-egxgniyo7u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19>.

¹⁸² Motta, M. “*Price regulation in times of crisis can be tricky*”. 2020. Disponible en: <https://www-dailymaverick-co.za.cdn.ampproject.org/c/s/www.dailymaverick.co.za/opinionista/2020-04-22-price-regulation-in-times-of-crisis-can-be-tricky/amp/>

¹⁸³ Ibidem. “*Excessive price actions in antitrust are often criticised because (i) they interfere with the regular functioning of the market, and (ii) they may “expropriate” firms of the fruits of their investment and innovation./However, under the current circumstances, objection (i) will not apply if supply is unlikely to respond in the short-run; as for (ii), price spikes are due to sudden increases in demand or captivity of consumers and bear little relation to firms’ investment or effort*”.

¹⁸⁴ Ibidem. “*Hopefully, they will not be enforced so strictly, but rather in line with the jurisprudence. Especially because, as argued above, when supply is responsive, a strict enforcement of price ceilings would kill any (badly needed) production increase*”.

“Por la cual se archiva una investigación”

competencia genere efectos negativos, como el de desincentivar a nuevos competidores de invertir y aumentar la oferta de un determinado producto, situación que se presenta como deseable en un mercado, más aún en épocas de crisis.

8.4.4. Criterios de la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar la existencia de precios excesivos o inequitativos

Visto todo lo anterior, este Despacho procede a reiterar los elementos que, en su criterio, deben estar presentes para que la Autoridad de Competencia en Colombia pueda establecer la efectiva violación al régimen de libre competencia por un agente de mercado, por la imposición de precios inequitativos, en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Dichos elementos, como ya fue mencionado anteriormente, fueron delimitados por esta Superintendencia en Resolución No. 65851 de 2021.

Así, en primer lugar, debe resaltarse que, para la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de autoridad única en materia de libre competencia económica en Colombia, al analizar este tipo de conductas debe imperar la cautela, pues no le corresponde convertirse en un regulador de precios en determinado mercado, interviniendo por el simple hecho de que un agente económico se encuentre cobrando precios altos o presente variaciones repentinas en sus precios.

Lo anterior, toda vez que el aumento de precios puede corresponder a razones como la variación de los costos del agente de mercado, o a diferentes situaciones externas que justifican dicho aumento. Por tal razón, debe actuarse con extrema rigurosidad en el análisis que pueda llevar a una posible intervención por parte de la autoridad.

Adicionalmente, y como ya ha sido resaltado en anteriores ocasiones por esta Entidad¹⁸⁵, si un agente de mercado ha logrado una posición en el mismo que le permita fijar precios altos por sus propios méritos competitivos, por ser más eficiente que sus competidores, prestando mejores servicios y/o entregando bienes o servicios de mayor calidad, se debe ser muy cauteloso de no adelantar una intervención que, contrario a los fines del régimen de libre competencia, termine enviando un mensaje al mercado que desincentive a los agentes a competir, invertir e innovar.

Como ya ha sido reiterado en anteriores ocasiones, *“no puede una autoridad de competencia incentivar a los agentes que participan en mercados de bienes o servicios a competir, y una vez han sido exitosos en la adquisición de un poder de mercado, imponer sanciones por disfrutar los réditos de una posición que ha sido ganada legítimamente a través del cobro de precios que están por encima de los costos”*¹⁸⁶.

En este sentido, a continuación, se exponen las condiciones necesarias que deben estar presentes para la identificación de la conducta analizada en el caso concreto.

De acuerdo con la OCDE¹⁸⁷, los precios excesivos pueden ser considerados una falla de mercado cuando su imposición es el resultado de un considerable poder de mercado. En este sentido, y como se vio anteriormente, a nivel mundial se ha optado por diferentes formas de corrección de dichas fallas, como puede ser, a través de las mismas fuerzas del mercado (ej. entrada de nuevos competidores) o por la intervención directa del Estado a través de medidas correctivas, como podrían ser las sanciones dispuestas en los regímenes de libre competencia económica.

Sin embargo, se ha entendido que ambas opciones pueden generar diferentes distorsiones, denominadas por la doctrina especializada como errores tipo I (intervención no justificada por parte de las autoridades estatales) o errores tipo II (no intervención por parte de las autoridades, cuando era necesario hacerlo)¹⁸⁸. Ahora bien, es preciso mencionar que, independientemente del tipo de error al

¹⁸⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 diciembre de 2014.

¹⁸⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

¹⁸⁷ OCDE. *“Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques”*. 2018. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)12/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)12/fr/pdf)

¹⁸⁸ Anderson, D., Sweeney, D. & Williams, T. *“Estadística para administración y economía”*. 2008. Ed. 10, CENGAGE Learning, pp. 342.

“Por la cual se archiva una investigación”

cual se haga referencia, los efectos que de ello se desprenden implican que se puedan generar ineficiencias en la asignación de recursos y, por consiguiente, pérdidas irrecuperables de bienestar social.

Específicamente, tal y como lo destaca la OCDE¹⁸⁹, en aquellos escenarios de errores tipo I, la intervención no justificada por parte de las autoridades estatales puede desincentivar la entrada de nuevos competidores, así como la inversión y la innovación de aquellos agentes económicos partícipes en el mercado o de aquellos competidores potenciales. Estas situaciones pueden generar que los consumidores se vean enfrentados, probablemente, a la imposibilidad de acceder a un mayor número de bienes y servicios de mejor calidad.

Por su parte, en el caso de los errores tipo II, la no intervención por parte de las autoridades estatales ante la existencia de precios excesivos puede generar tanto efectos exclusorios como explotativos. En efecto, desde el punto de vista exclusorio, los agentes económicos que imponen dichos precios excesivos tendrán incentivos a mantener poder de mercado, e incluso a convertirse en un monopolio y, para ello, buscarán excluir a sus competidores existentes y, además, establecer altas barreras de entrada que impidan la entrada de nuevos competidores¹⁹⁰. Incluso, desde esta misma perspectiva, algunos consumidores podrían verse excluidos del disfrute o consumo de dicho bien y/o servicio, cuando el precio establecido sea superior a su máxima disponibilidad a pagar, circunstancia que, tal y como lo reconoce la teoría económica, estaría restringiendo las opciones de elección y, por ende, su nivel de bienestar

Ahora, desde la perspectiva explotativa, de acuerdo con la teoría económica, algunos consumidores agotarán su máxima disponibilidad a pagar por el bien y/o servicio. Lo anterior, en otras palabras, indica que el excedente del consumidor será nulo o, lo que es equivalente, que éste sea totalmente acaparado por el productor (situación extrema de monopolio).

En línea con lo anterior, y retomando lo dispuesto en la teoría económica de bienestar, si el ingreso de los consumidores permanece constante ante un aumento del precio del bien y/o servicio, estos tendrán que, o bien ser compensados con el propósito de mantener el mismo nivel de bienestar, o destinar una mayor proporción de su renta para mantener el mismo nivel de consumo y, por ende, reducir las cantidades consumidas de los otros bienes, situación que trae consigo menores niveles de bienestar¹⁹¹.

En este sentido, reconociendo las implicaciones que la fijación de precios altos por parte de un agente con poder de mercado puede tener en materia de bienestar social y teniendo en cuenta las diferentes posturas desarrolladas por la jurisprudencia internacional y la doctrina especializada en la materia, esta Superintendencia considera que, de verificarse en un mercado en específico una serie de elementos, podría llegar a justificarse la intervención de la autoridad de competencia, tal y como ha sido reconocido a nivel internacional¹⁹². Estos elementos, en términos generales, son:

1. Que el agente de mercado que presuntamente incurrió en la práctica en mención ostente un significativo poder de mercado. Esto por cuanto este último tiene una mayor probabilidad de afectar el bienestar económico;
2. Que existan altas y no transitorias barreras que impidan la entrada de nuevos competidores al mercado y que, por ende, limiten la cantidad y variedad de bienes y/o servicios disponibles en el mercado. Sumado a ello, se requiere que las altas y no transitorias barreras de entrada imposibiliten, por sí solas, que las fuerzas del mercado corrijan la falla generada por la imposición de precios altos;

¹⁸⁹ OCDE. “*Prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques*”. 2018. Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)12/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)12/fr/pdf)

¹⁹⁰ *Ibidem*

¹⁹¹ Varian, H. “*Análisis microeconómico*”. Ed. 3. Antoni Bosch Editor, S.A. 1993.

¹⁹² OCDE (2018). *Compte rendu de la table ronde sur les prix excessifs sur les marchés pharmaceutiques*. Disponible en: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2018\)2/ANN6/FINAL&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2018)2/ANN6/FINAL&docLanguage=Fr)

“Por la cual se archiva una investigación”

3. Que la posibilidad que otro tipo de intervención, por ejemplo, de carácter regulatorio, sea imposible, improbable, inapropiada y/o inexistente.
4. Que la intervención de la autoridad de competencia se efectúe exclusivamente en aquellas situaciones en las que se demuestre exhaustivamente que el precio aparentemente inequitativo no responde al libre juego de oferta y demanda.

Así, a partir de los elementos descritos, este Despacho presenta el conjunto de criterios mínimos que considera necesarios para determinar cuándo la fijación de precios por parte de un agente económico es inequitativa. Dichos criterios se dividen en dos (2) grandes grupos.

El primero, consistente en definir el mercado relevante (producto y geográfico) y evaluar, de manera detallada su estructura, con el fin de establecer si la empresa investigada ostenta una alta participación de mercado, la existencia de altas barreras de entrada y la presencia de diferentes factores endógenos y exógenos que tengan incidencia en la demanda y oferta del bien o servicio prestado. El análisis en mención debe considerar aquellas circunstancias particulares que puedan generarse en condiciones especiales o atípicas, como lo es las restricciones de movilidad por pandemia, por tan solo citar un ejemplo. Solo en caso de que del análisis de estos criterios se llegue a la conclusión de que el investigado es un agente con una alta participación de mercado, que la estructura de este último evidencia la presencia de altas barreras de entrada y que existen situaciones estructurales que impiden que el precio pueda ser regulado por el mercado en sí mismo, deberán analizarse los criterios que hacen parte del segundo grupo.

Por su parte, el segundo grupo consiste en establecer los criterios que este Despacho considera deben tenerse en cuenta para determinar si el precio cobrado tiene o no el carácter de inequitativo. Lo anterior, con el propósito de establecer si estos responden o no a condiciones propias del mercado, del tiempo (estacionalidad) y de la coyuntura en la cual se inscribe. En este punto, deberá hacerse uso de los diferentes estándares de análisis de precios que han sido desarrollados como, por ejemplo, el análisis de costos (buscar establecer si el precio cobrado por el producto excede el costo medio total) y de precios (históricos o cobrados a distintos tipos de consumidores, cobrados por competidores sobre un mismo producto, cobrados en diferentes mercados geográficos, etc.) y utilidades de la firma.

En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta que una empresa pudo haber realizado inversiones, mejorado un producto o innovado, de forma que la intervención de la autoridad no puede convertirse en un obstáculo para que dichas empresas obtengan una recompensa por sus esfuerzos pro-competitivos.

A partir de los elementos identificados en el análisis de la jurisprudencia y doctrina internacional y lo propio desde el análisis económico, a continuación, se detallan cada uno de los criterios mínimos necesarios para determinar la existencia de precios excesivos o inequitativos que, a juicio de este Despacho, permitirán determinar de manera objetiva si se incurre o no en la mencionada práctica restrictiva de la competencia. Es de precisar, que estos elementos deben tomar en consideración la realidad de los mercados nacionales y su correspondiente evolución en el tiempo, siendo este último elemento aquel que permitirá identificar periodos de estacionalidad, en caso de existir.

Tabla No. 1. Criterios mínimos necesarios para determinar la existencia de precios excesivos o inequitativos

Criterios relacionados con la definición del mercado relevante	
Criterio No. 1	Identificación del mercado producto relevante (sustituibilidad desde la oferta y la demanda).
Criterio No. 2	Identificación del mercado geográfico relevante
Criterio No. 3	Serie de tiempo del precio promedio cuya temporalidad permita identificar, en caso de existir, periodos de estacionalidad
Criterio No. 4	Serie de tiempo de precio promedio de los bienes y/o servicios considerados sustitutos y/o de sus competidores
Criterio No. 5	Factores endógenos y exógenos que incidan sobre la demanda y oferta del bien – Cambios estructurales.

"Por la cual se archiva una investigación"

Criterios relacionados con el carácter excesivo o inequitativo del precio	
Criterio No. 6	Valores históricos de inversiones realizadas.
Criterio No. 7	Diferencia entre precio y costo total promedio significativa y persistente en el tiempo, acompañado de un análisis de rentabilidad. Considerar, en este criterio, un análisis cuantitativo de la serie de tiempo del precio promedio del bien. Este deberá incluir, según el conjunto de información disponible, la comparación de esta serie respecto a la serie de tiempo del precio promedio de los bienes identificados como sustitutos en el criterio No. 4, y/o respecto a las series de tiempo del precio promedio del bien objeto de análisis en mercados geográficos diferentes y/o respecto a las series de tiempo del precio promedio del bien ofrecido por sus competidores.

A continuación, se presenta una explicación detallada de cada uno de los criterios identificados anteriormente:

a) Criterios relacionados con la definición del mercado relevante

• **Criterio No. 1: Identificación del mercado producto relevante**

Tal y como lo ha sostenido esta Superintendencia en otras decisiones, la definición del mercado producto relevante permite identificar el escenario en el que las fuerzas competitivas tienen lugar. En el marco de la definición en mención, no solo se tendrá una aproximación del tamaño del mercado y sus características mediante el cálculo de las participaciones de mercado, concentración, asimetría y dominancia, sino que, a su vez, se identificarán aquel(los) producto(s) que pueden ser considerados sustitutos. Esto es, si efectivamente lo(s) hay, hacia el(los) cual(es) los consumidores pudiesen desviar su demanda ante un incremento en el precio (sustituibilidad de la demanda). Debe precisarse que aquellos mercados más concentrados tienen la potencialidad de ser más susceptibles a este tipo de conductas de precios excesivos o inequitativos.

Dicho análisis, también permitirá identificar si el bien es elástico o inelástico y, además, determinar a qué tipo de bien corresponde. A su vez, mediante la identificación del mercado producto relevante, se deberá realizar un análisis de sustituibilidad de la oferta, en aras de determinar la competencia potencial y las barreras de entrada.

• **Criterio No. 2: Identificación del mercado geográfico relevante**

Con la identificación y delimitación del mercado geográfico, se identificará el área de influencia que tiene la empresa y, por ende, sus competidores activos en el área en mención. Es de precisar que, en circunstancias especiales como pandemias, el mercado geográfico y las dinámicas al interior de los mismos puede verse afectado, dadas las restricciones de movilidad.

• **Criterio No. 3: Serie de tiempo del precio promedio**

Teniendo en cuenta que el precio es la variable de información más importante en una economía de mercado, su serie de tiempo, con una frecuencia que esté desagregada en el tiempo al menos mensual, permitirá identificar sus comportamientos atípicos mediante el cálculo de variaciones porcentuales. Con ello, se podría establecer de manera preliminar la capacidad que tiene una empresa de incidir sobre la variable fundamental del mercado. Ahora bien, es de precisar que este análisis debe ser complementado con un análisis cualitativo y econométrico que permita identificar y argumentar si las variaciones observadas son el resultado de inversiones, innovaciones, cambios en la estructura de precios o incluso el reflejo de existencia de periodos de estacionalidad.

“Por la cual se archiva una investigación”

• **Criterio No. 4: Serie de tiempo del precio promedio de los bienes y/o servicios sustitutos**

Los bienes sustitutos cercanos pueden ser de la misma empresa y/o de sus competidores, de acuerdo con lo identificado en los criterios 1 y 2. A partir de ello, construir y graficar la serie de tiempo de sus respectivos precios promedio.

• **Criterio No. 5: Descripción de los factores endógenos y exógenos que incidan sobre la demanda y/u oferta del bien y/o servicio**

La demanda de un bien depende de las preferencias, el ingreso disponible, su precio y el de sus sustitutos, el costo de oportunidad, entre otros factores. Por su parte, la oferta depende del precio del producto y, por ende, su rentabilidad, la disponibilidad y calidad de los recursos naturales, humanos y de capital necesarios para su producción, la infraestructura, la ciencia y tecnología usada para su producción, los precios de otros bienes (insumos, sustitutos, complementarios) y las instituciones formales e informales. Ante un choque en alguna de estas variables, se modificará, por consiguiente, la demanda y la oferta del bien y, por consiguiente, se reflejará en cambios en el precio¹⁹³. Por lo anterior, la descripción de los factores endógenos y exógenos que incidan sobre la demanda y/u oferta resulta ser determinante para identificar las causas de variación en los precios y si estos son de carácter permanente o transitorio (ejemplo, pandemias, paros, etc.). Con ello, se estará precisando o indagando sobre la procedencia y durabilidad de las variaciones en los precios presuntamente atípicas.

b) Criterios relacionados con el carácter inequitativo del precio

• **Criterio No. 6: Valores históricos de inversiones realizadas**

Las inversiones realizadas, en aras de generar procesos productivos más eficientes o propiciar escenarios innovadores, implican cambios en los costos con el fin de recuperar lo invertido. Estos aumentos en los costos pueden generar en el corto plazo aumentos transitorios en los precios del bien y/o servicio por cuenta del aumento en los costos totales promedios.

• **Criterio No. 7: Diferencia entre el precio y costo total promedio significativa y persistente en el tiempo y diferencia entre el precio promedio del bien y sus sustitutos**

Entendiendo que el poder de mercado se define como la capacidad de establecer un precio por encima del costo marginal y que, además, este sea sostenido en el tiempo, desde el punto de vista teórico y práctico, lo deseable es obtener una serie de tiempo que dé cuenta de la diferencia entre estas dos variables. Sin embargo, teniendo en cuenta que en la práctica el costo marginal puede ser difícil de obtener, la literatura empírica sugiere la comparación entre el precio y el costo total promedio. Vale la pena resaltar que, para considerar el carácter excesivo del precio analizado, la diferencia de este último con el costo total promedio debe ser significativa y persistente durante un determinado periodo y no ser temporal o episódica.

Asimismo, la serie de tiempo del precio promedio investigado debe ser comparado con el precio promedio de los bienes sustitutos y/o de sus competidores, así como con el precio promedio del bien objeto de análisis en diferentes mercados geográficos. Así, a partir de la evolución histórica, determinar, si la diferencia en mención se ha mantenido constante o poco variable en el tiempo.

Ahora bien, debe precisarse que lo anterior no representa una lista exhaustiva de los criterios que pueden ser tenidos en cuenta para la determinación de un precio como excesivo o inequitativo, pues el dinamismo y evolución de los mercados puede permitir la utilización de otros criterios que tengan el mismo fin. Por este motivo, lo esencial es que los criterios escogidos sean razonables y tengan sentido económico, esto es, que provean información útil acerca de las características del precio bajo análisis y lo cercano que se encuentra de lo que se esperaría fueran las condiciones de competencia imperantes en el mercado.

¹⁹³ Cuevas, H. "Fundamentos de la economía de mercado". Universidad Externado de Colombia. 2004.

“Por la cual se archiva una investigación”

8.5. Caso concreto

Vistos los criterios que para esta Superintendencia deben cumplirse para que proceda un reproche, desde el punto de vista del régimen de libre competencia, contra una conducta aparentemente encaminada a mantener o establecer precios inequitativos, se procede a analizar el caso concreto con el fin de determinar la responsabilidad de la empresa investigada.

Así, a continuación se realizará **(i)** una descripción del agente investigado y su actividad principal en el mercado; **(ii)** una definición del mercado relevante, con el fin de establecer las condiciones de competencia en el mismo durante el periodo investigado, y, en especial, el nivel de participación de la empresa investigada; y **(iii)** un análisis del caso concreto, a la luz de la información que obra en el Expediente.

8.5.1. Descripción general de FARMALATAM y sus actividades principales

Tal y como obra en la Resolución de Apertura de Investigación, y de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal emitido por la Cámara de Comercio de Bogotá, **FARMALATAM** es una sociedad comercial constituida en septiembre de 2013, cuyo único accionista es **FARMALATAM HOLDING**, compañía con domicilio en Panamá, y que tiene como objeto social principal:

“La elaboración, producción, distribución, comercialización, venta de productos farmacéuticos, medicamentos, elementos y equipos médicos de uso personal, cosméticos y artículos de tocador, y demás productos afines, tanto en Colombia como en el exterior, vía aérea y terrestre”

Dicho de otro modo, la actividad principal de **FARMALATAM** corresponde al comercio al por menor de productos farmacéuticos y medicinales, cosméticos y artículos de tocador y demás productos relativos en establecimientos especializados.

Asimismo, es de precisar que **FARMALATAM** tiene matriculados ante el registro mercantil, tal y como obra en su Certificado de Existencia y Representación Legal, los siguientes establecimientos de comercio: **FARMALATAM COLOMBIA S.A.S** y **FARMALISTO**, estando este último habilitado por la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD** (en adelante “**SDS**”) como farmacia. Ahora bien, **FARMALISTO** sólo cuenta con un punto comercial físico habilitado y, aunque cumple con la reglamentación exigida por la **SDS**, es utilizado como punto de almacenamiento desde el cual se despachan las entregas a nivel local y nacional. Esto, toda vez que, de acuerdo con la información obrante en el Expediente, el mayor volumen de ventas de **FARMALATAM** y sus establecimientos de comercio se realiza a través de su página web <https://www.farmalisto.com.co/>, su aplicación móvil, línea Whatsapp y de su Call Center, mediante entregas a domicilio efectuadas por el área de mensajería y/o por empresas transportadoras a nivel nacional.

8.5.2. Mercado relevante

La delimitación del mercado relevante es una herramienta que, cuando es aplicable, permite a las Autoridades de Competencia evaluar las posibles restricciones, limitaciones y afectaciones que una práctica comercial tiene sobre una actividad económica y, por consiguiente, sobre los agentes involucrados en la misma. En efecto, la utilización de esta herramienta facilita la comprensión de las dinámicas o presiones competitivas entre la oferta y la demanda de bienes y/o servicios, describe las interacciones de los agentes económicos participantes y permite establecer si alguno(s) de ellos puede(n) determinar las variables fundamentales del mercado como, por ejemplo, el precio, las cantidades y/o la calidad.

Como se mencionó anteriormente, determinar la existencia de precios excesivos o inequitativos, como práctica restrictiva de la competencia, requiere de una precisa definición del mercado relevante, pese a no ser una práctica que requiere la presencia de un agente con posición de dominio. Lo anterior, con el propósito de identificar y caracterizar no solo los agentes económicos que participan en él y su correspondiente interacción sino, a su vez, establecer los factores endógenos y exógenos que inciden sobre las fuerzas del mercado.

“Por la cual se archiva una investigación”

Esto, pues, como ya fue señalado, solo de encontrarse probada la existencia de un mercado con altas barreras de entrada y de la presencia de uno o varios agentes económicos capaces de generar efectos explotativos sobre los consumidores y que, además, sostienen dicha condición en el tiempo, podría llegar a justificar la intervención de la Autoridad de Competencia, siempre y cuando se compruebe que, por sí solas, las fuerzas de mercado no pueden corregir la(s) falla(s) de mercado y/o que no existe otro tipo de regulación *ex ante* que las corrija.

Así las cosas, a continuación, este Despacho procederá a delimitar y analizar el mercado relevante de producto y geográfico y determinará, a la luz de los criterios establecidos por esta Superintendencia, si existen argumentos económicos suficientes para afirmar que **FARMALATAM** estableció y/o mantuvo en el tiempo precios inequitativos en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

8.5.2.1. Mercado producto

8.5.2.1.1. Productos presuntamente afectados

Mediante Resolución No. 666 del 24 de abril de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante “**MINSALUD**”) adoptó el protocolo general de bioseguridad para mitigar, controlar y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19. En el mencionado acto administrativo, se establecieron las medidas a implementar en todas las actividades económicas, sociales y de la administración pública según el ámbito de sus competencias, exceptuando al sector salud.

Específicamente, dentro de las medidas generales que han demostrado mayor evidencia para la contención de la transmisión del virus se destacan: **(i)** el lavado de manos; **(ii)** el distanciamiento social; y, **(iii)** el uso de tapabocas. Sumado a ellas, se precisa sobre el fortalecimiento de los procesos de limpieza y desinfección de elementos e insumos de uso habitual, superficies, equipos de uso frecuente, el manejo de residuos producto de la actividad o sector, adecuado uso de Elementos de Protección Personal (EPP), la optimización de la ventilación del lugar, así como el cumplimiento de condiciones higiénicas sanitarias.

En el marco del presente caso, resulta pertinente enfatizar que, tal y como lo precisa el **MINSALUD** en los “*Lineamientos para elaboración de solución de alcohol para la desinfección de las manos en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19*”, en aquellos casos cuando no es fácil recurrir al lavado de manos, el uso de alcohol en geles y soluciones se constituye en una opción para la desinfección constante y eficiente. Lo anterior, toda vez que, de acuerdo con la evidencia científica, los productos a base de alcohol son un medio para desactivar, rápida y eficazmente, una multiplicidad de microorganismos y virus potencialmente nocivos; y, fomentar una mayor frecuencia en la higiene de las manos dado que su uso es fácil, rápido y conveniente. Sumado a ello, dada su eficacia, tolerabilidad y relación costo-efectividad, la Organización Mundial de la Salud (en adelante “**OMS**”) recomienda su uso para la antisepsia habitual de manos en la mayoría de las situaciones clínicas¹⁹⁴.

Con esto en mente, a partir de lo hasta aquí expuesto y teniendo en cuenta el material probatorio que obra en el Expediente, este Despacho concluye que el mercado producto relevante presuntamente afectado corresponde a la solución o gel desinfectante a base de alcohol (en adelante “**SGDA**”). Más concretamente, el análisis se centrará en geles, toda vez que la imputación fáctica recae sobre el presunto incremento injustificado, entre el 11 y 14 de marzo de 2020, del precio de venta de:

1. Gel antibacterial Natural Feeling, presentación de 300 mL
2. Gel antibacterial Valnis, presentación de 1000 mL
3. Gel antibacterial Frutos verdes, presentación 250 mL

En los siguientes acápite se detallarán los argumentos que motivaron esta conclusión. Al respecto es preciso resaltar que, tal y como lo precisó la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación y en el Informe Motivado, el análisis que se efectuará a continuación se centrará en el eslabón de

¹⁹⁴ Ministerio de Salud y Protección Social (2020). Guía de lineamientos para la elaboración de solución de alcohol para la desinfección de las manos en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. Disponible en: <https://bit.ly/3LVB0WL>

“Por la cual se archiva una investigación”

comercialización al detal de los **SGDA**, esto es, en la relación existente entre distribuidores y consumidores intermedios y/o finales.

8.5.2.1.2. Análisis de la sustituibilidad

Las Autoridades de Competencia han coincidido en establecer que la delimitación del mercado relevante de producto comprende todos aquellos bienes y servicios que son considerados sustituibles desde el punto de vista del consumidor, toda vez que este último, mediante sus decisiones, define la competencia efectiva entre productores. En ese sentido, el análisis de sustituibilidad deberá estar enfocado a las características, precio y usos de los productos evaluados.

Puntualmente, esta Superintendencia ha manifestado en el marco de análisis de concentraciones empresariales, que *“en la definición del mercado de producto debe tenerse presente la sustituibilidad al nivel de la demanda, pues deben identificarse aquellos productos (si los hay) hacia los cuales los consumidores pudieran desviar su demanda en caso de un incremento en los precios o una reducción en la cantidad de los productos por parte de un determinado oferente (...)”*¹⁹⁵.

Así las cosas, a efectos de delimitar el mercado producto relevante, resulta necesario tener en cuenta el grado de sustituibilidad entre bienes de tal manera que se incluyan todos aquellos que son considerados sustituibles desde la perspectiva del consumidor.

Por su parte, el análisis desde la sustituibilidad de la oferta permite identificar los competidores potenciales, así como las posibles barreras de entrada existentes, tal y como ha sido resaltado en anteriores oportunidades por esta Entidad, al afirmar que *“si bien algunas autoridades de competencia en otras jurisdicciones tienen en cuenta la sustituibilidad de la oferta al momento de definir el mercado relevante, esta Superintendencia toma en consideración dicho concepto en caso de requerir un análisis de barreras de entrada y competencia potencial”*¹⁹⁶.

8.5.2.1.2.1. Análisis de la sustituibilidad de la demanda

Según lo establecido por el **MINSALUD**¹⁹⁷, si bien es cierto que el alcohol, ya sea en soluciones y/o en geles, es utilizado para la desinfección de la piel, su uso no sustituye el lavado de manos con agua y jabón.

En ese sentido, desde el punto de vista de la sustituibilidad de la demanda, este Despacho considera que, dada la naturaleza de estos bienes y su importancia en el marco de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia por COVID-19, las **SGDA** no tienen sustitutos perfectos cercanos distintos a todos aquellos que puedan ser clasificados, de acuerdo a las disposiciones de las autoridades competentes en materia de higiene preventiva, como **SGDA** según su composición y uso, independientemente de su denominación.

8.5.2.1.2.2. Análisis de la sustituibilidad de la oferta

Desde el punto de vista de la sustituibilidad de la oferta, el eslabón de la comercialización al detal de los **SGDA** está conformado por un número indeterminado de agentes de mercado que incluye tanto a personas naturales como jurídicas, los cuales venden sus productos a través de distintos canales.

Al respecto, si bien es cierto que las características de este mercado producto relevante no permiten determinar con exactitud el número total de competidores en el eslabón de comercialización, la Delegatura identificó que **DROGUERÍAS CAFAM** (en adelante, **CAFAM**), **COPSERVIR LTDA** (en adelante, **LA REBAJA**), **COOPERATIVA NACIONAL DE DROGUERAS DETALLISTAS** (en adelante **COPIDROGAS**), **FARMATODO COLOMBIA S.A.** (en adelante, **FARMATODO**), **DROGUERIAS Y FARMACIAS CRUZ VERDE S.A.S.** (en adelante, **CRUZ VERDE**), **DROXI COLOMBIA S.A.S.** (en

¹⁹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23569 de 2021.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Ministerio de Salud y Protección Social (2020). Guía de lineamientos para la elaboración de solución de alcohol para la desinfección de las manos en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19. Disponible en: <https://bit.ly/3LVB0WL>

“Por la cual se archiva una investigación”

adelante, **DROXI**), **KOBA COLOMBIA S.A.S.** –hoy **D1 S.A.S.**- (en adelante, **KOBA**), **SUPERTIENDAS Y DROGUERÍAS OLÍMPICA** (en adelante, **OLÍMPICA**), **SODIMAC COLOMBIA S.A.** (en adelante, **SODIMAC**), **CORBETA S.A.** (en adelante, **CORBETA**), **BRECCIA SALUD S.A.S.** (en adelante, **LOCATEL**), **CENCOSUD COLOMBIA S.A.** (en adelante, **CENCOSUD**) y **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR COLSUBSIDIO** (en adelante, **COLSUBSIDIO**) son los competidores potenciales de **FARMALATAM**.

Ahora bien, tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, en términos de facturación por ventas de **SGDA** entre enero de 2020 y abril de 2020, **FARMALATAM** ostentó una baja participación en el mercado producto relevante. En efecto, y más específicamente para los meses de enero y febrero de 2020, el valor facturado por ventas de **SGDA** efectuado por **FARMALATAM** fue inferior a 0,06% del total de ventas facturadas por la totalidad de los agentes y, para marzo de 2020, apenas alcanzó a ser el 0,24% del total facturado por los oferentes en mención.

Por todo lo anterior, es posible concluir que existen varios agentes económicos que participan en el mercado de comercialización al detal de los **SGDA** objeto de análisis, siendo **FARMALATAM** uno de ellos y el cual, incluso, ostentaba una baja participación de mercado para la época de los hechos.

8.5.2.1.2.3. Barreras de entrada

En cuanto al análisis de barreras de entrada, es preciso destacar que varios oferentes participantes de este mercado manifestaron que la coyuntura derivada de la pandemia por COVID-19 provocó escasez de ciertos insumos necesarios para la producción de **SGDA** como, por ejemplo, el alcohol etílico desodorizado, envases y tapas plásticas, situación que impactó los costos de producción, distribución y comercialización del producto relevante en el presente caso.

No obstante lo anterior, en virtud del Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental declarado por la llegada de la pandemia al territorio nacional, en marzo de 2020, las **SGDA** fueron categorizadas como medicamento esencial/vital no disponible. Lo anterior implicó que para su importación y comercialización no se requeriría registro sanitario mientras permaneciera el Estado de Emergencia declarado y sólo estaría sujeto al cumplimiento de unos requisitos mínimos.

En ese sentido, considerando lo dispuesto en la Resolución 522 del 28 de marzo de 2020 del **MINSALUD**, los requisitos para la importación de medicamentos vitales no disponibles eran:

1. Presentar solicitud de acuerdo con el formato definido por **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS** (en adelante, **INVIMA**).
2. Suministrar la información del fabricante, el país de donde provienen los medicamentos y la información del representante autorizado para el trámite, si es del caso.
3. Aportar el Certificado de Venta Libre (CVL) del país de origen o documento equivalente o certificación emitida por la **OMS** o por la correspondiente entidad sanitaria. En su defecto, el interesado podrá indicar el link de la entidad sanitaria en el cual el **INVIMA** verificará que el producto cuenta con autorización de comercialización en el país.
4. Las etiquetas, rótulos y empaques de los medicamentos serán aceptados tal y como hayan sido establecidos en el país de origen, siempre y cuando esté en idioma castellano la información concerniente al ingrediente activo, concentración, forma farmacéutica y vía de administración.

Asimismo, con el propósito de aumentar la oferta de **SGDA**, mediante Acta 01 del 18 de marzo de 2020, la Sala Especializada de Medicamentos de la Comisión Revisora del **INVIMA** permitió la importación, fabricación y comercialización de gel antibacterial, siempre y cuando su composición sea superior a 60% de alcohol, y de solución tópica desinfectante, siempre y cuando su composición sea superior al 70% de alcohol, sin necesidad de contar con un registro sanitario.

En ese sentido, a efectos de evitar el desabastecimiento de los productos objeto de análisis, más aun teniendo en cuenta el rol que cumplen como medida preventiva a la propagación del virus por COVID-19, la decisión en mención facilitó la aparición de nuevos oferentes de **SDGA** nacionales e importados.

“Por la cual se archiva una investigación”

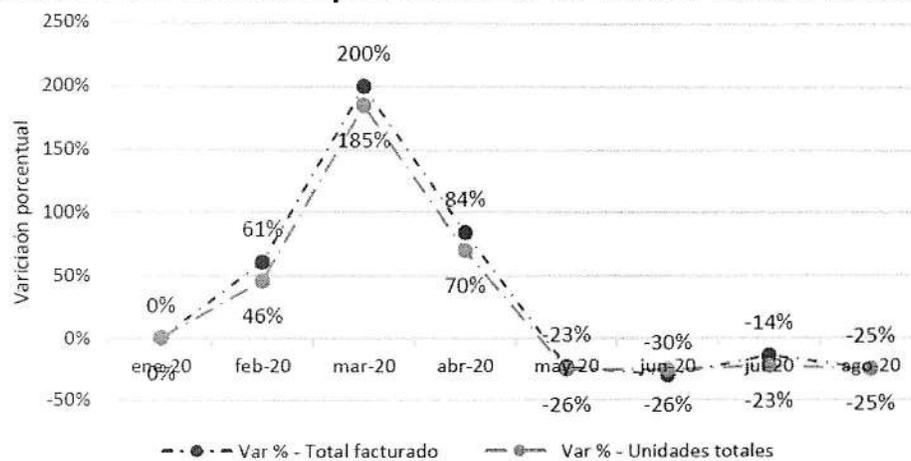
Tan es así que, de acuerdo con el **INVIMA**, a 8 de mayo de 2020, habían sido autorizados 81 nuevos agentes.

En conclusión, este Despacho señala que, ante esta decisión durante el Estado de Emergencia, las barreras de entrada fueron flexibilizadas y que, por tanto, se generaron nuevas condiciones que incentivaron una pluralidad de oferentes, pese a las variaciones registradas en la disponibilidad de insumos.

8.5.2.1.2.4. Caracterización de la demanda final

Teniendo en cuenta que las medidas adoptadas en materia de bioseguridad, a efectos de evitar la propagación del virus COVID-19, tuvieron como destinatarios al conjunto de la población, estos se constituyen como los consumidores finales de los productos objeto de análisis. De hecho, ante la implementación de estas directrices, a la luz de la teoría económica, resulta claro que estos agentes económicos demandarán más de estos bienes, situación que explica el aumento evidenciado en la Gráfica No. 2, especialmente en marzo de 2020 cuando se detectaron los primeros casos de COVID-19 en el país.

Gráfica No. 2. Variación porcentual de las ventas totales de SGDA



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información obrante en el Expediente.

8.5.2.2. Mercado geográfico presuntamente afectado

Pese a las restricciones de movilidad decretadas por el Gobierno Nacional en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ambiental derivada de la pandemia por COVID-19, dentro de las medidas que buscaban garantizar el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, no se implementaron restricciones para, entre otras, (i) la cadena de producción, abastecimiento, almacenamiento, transporte, comercialización y distribución de medicamentos, productos farmacéuticos, insumos, productos de limpieza, desinfección y aseo personal para hogares y hospitales, equipos y dispositivos de tecnologías en salud, al igual que el mantenimiento y soporte para garantizar la continua prestación de los servicios de salud; y, (ii) la cadena de producción, abastecimiento, almacenamiento, transporte, comercialización y distribución de insumos para producir bienes de primera necesidad; bienes de primera necesidad -alimentos, bebidas, medicamentos, dispositivos médicos, aseo, limpieza de ordinario consumo en la población; alimentos y medicinas para mascotas, y demás elementos y bienes necesarios para atender la emergencia sanitaria, así como la cadena de insumos relacionados con la producción de estos bienes¹⁹⁸.

Así las cosas, dado que las restricciones de producción, transporte, comercialización y distribución fueron menos estrictas, acaso nulas, para los medicamentos, productos farmacéuticos y dispositivos médicos, la distribución y comercialización de **SGDA** no fue exclusivo a una zona del país.

¹⁹⁸ Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, Decreto 531 del 8 de abril de 2020 y Decreto 593 del 24 de abril de 2020.

“Por la cual se archiva una investigación”

Sumado a ello, tal y como se precisa en el Certificado de Existencia y Representación Legal y en el Informe Motivado, **FARMALATAM** comercializa sus productos a través de sus canales digitales (página web, aplicación móvil, línea Whatsapp y Call Center) para ser, posteriormente, distribuidos en todo el territorio nacional según demanda efectiva. De hecho, al respecto, **SANDY MARTIZA MESA PULIDO**, Representante Legal de **FARMALATAM** indicó:

SANDY MARTIZA MESA PULIDO: *En general el paciente está buscando un producto o la persona está buscando un producto y lo hace a través de Google y nosotros le salimos en las primeras posiciones con ese producto que él está buscando. Cuando él llega a la página, puede decidir permanecer en la página y realizar la compra a través de la página en un carrito de compras o llamar a nuestra línea de atención al cliente o colocar su pedido a través de WA o chat. Cuando eso está completo, cuando se termina la transacción, se ha definido qué es lo que quiere el usuario, Compras arranca a hacer el proceso de abastecimiento, luego tenemos un área de almacén que se encarga de la recepción técnica de los productos, su almacenamiento y su dispensación técnica. Empacamos y ya luego un área de mensajeros a nivel de Bogotá o de empresas de transportadoras a nivel nacional nos reciben nuestros pedidos y los entregan al usuario final. Un pedido en Bogotá cuenta \$1.500 la entrega [...], pero si tú estás comprando desde Medellín o desde ciudades principales, el flete más o menos está en \$14.900 [...]. Los fletes te van a variar si es para una ciudad principal o si es para una ciudad intermedia. Nosotros podemos entregar productos de cadena de frío en lugares como Florencia, Cúcuta, Pasto.*

Con fundamento en lo anterior, este Despacho concluye que el mercado geográfico relevante en el presente caso es todo el territorio nacional con particular afectación en las ciudades principales e intermedias de Colombia.

8.5.2.3. Conclusión del mercado relevante

Por todo lo anterior, este Despacho concluye que el mercado relevante presuntamente afectado en el presente caso corresponde a la comercialización al detal de las **SGDA**, y específicamente los geles, en el territorio nacional.

Así las cosas, a continuación, este Despacho analizará el conjunto de información a la luz de los criterios establecidos en materia de precios excesivos o inequitativos por esta Superintendencia en el presente Acto Administrativo. Con ello, se buscará establecer si existen elementos suficientes para concluir que el agente investigado incurrió en la presunta práctica restrictiva de la competencia.

8.5.3. Análisis de la presunta práctica restrictiva de la competencia

Con fundamento en los elementos probatorios que obran en el Expediente, este Despacho procederá a analizar la presunta práctica restrictiva de la competencia, a la luz de los criterios establecidos anteriormente en la sección **8.4.4.** del presente acto administrativo.

Llegado a este punto, resulta menester recordar que, en primer lugar, se deberán evaluar los criterios que buscan establecer si **FARMALATAM** ostenta una alta participación de mercado, si existen altas barreras de entrada, la evolución del precio promedio de los bienes y/o servicios considerados sustitutos y/o de sus competidores, así como identificar la presencia de factores endógenos y exógenos que tengan incidencia en la demanda y la oferta del bien y/o servicio prestado.

Al respecto, tal y como se precisó en la sección **8.5.2.3.** de la presente Resolución, el mercado relevante presuntamente afectado en el presente caso corresponde a la comercialización al detal de las **SGDA**, y específicamente de los geles, en el territorio nacional. Del análisis derivado de la anterior conclusión, fue posible concluir que **FARMALATAM** ostentó, al menos durante el periodo objeto de análisis, una baja participación en el mismo.

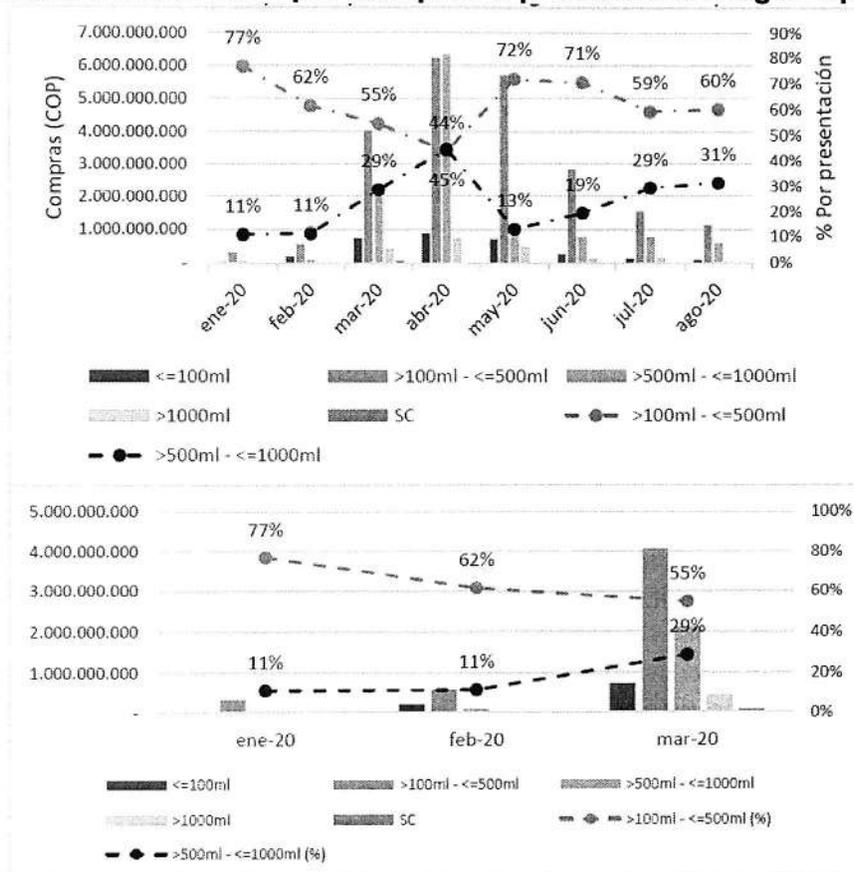
Por su parte, derivado del análisis realizado, se determinó la existencia e incidencia de factores, acaso choques, exógenos, sobre la demanda y oferta de estos bienes. En efecto, durante el periodo objeto de análisis, la demanda de estos bienes experimentó un importante crecimiento, toda vez que, con

“Por la cual se archiva una investigación”

ocasión de la Emergencia Económica, Social y Ambiental derivada de la pandemia por COVID-19, las medidas implementadas, a efectos de evitar la propagación del virus, exigieron la utilización de los bienes en mención y, por ende, una mayor demanda de los mismos respecto a situaciones previas a la existencia del fenómeno epidemiológico.

Ahora bien, es de reconocer que, a efectos de suplir esta demanda, la oferta, a su vez, experimentó importantes cambios ante el choque exógeno. En efecto, tal y como se muestra en la Gráfica No. 3, en términos de monto facturado por adquisición de **SGDA** ante los proveedores por parte de los comercializadores, se registraron incrementos en la variable en mención, entre enero de 2020 y abril de 2020, independientemente del tipo de presentación. No obstante, si bien es cierto que estos incrementos pueden ser el resultado de mayores precios, no debe desconocerse que en el eslabón de comercialización llegaron nuevos agentes. Simultáneamente, no debe dejarse de lado que las dinámicas observadas en la demanda y de acuerdo con la racionalidad propia de un oferente, los comercializadores se veían incentivados a adquirir un mayor volumen de **SGDA**.

Gráfica No. 3. Facturación de SGDA por compras a proveedores según tipo de presentación

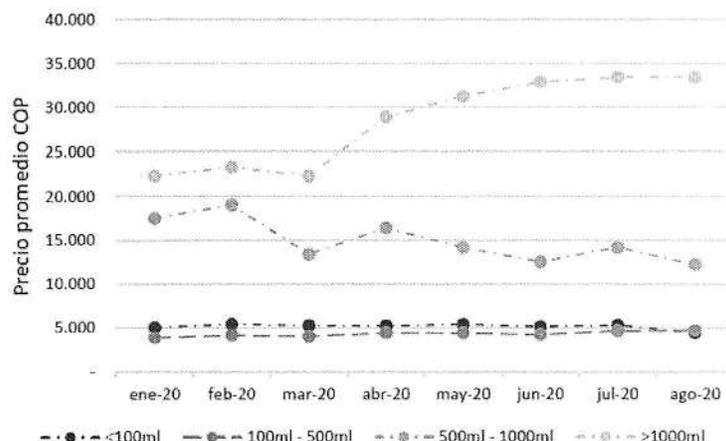


Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

Asimismo, basta señalar que, tal y como se precisó en la sección 8.5.2.1.2.3. del presente Acto Administrativo, la decisión de eliminar la exigencia del registro sanitario para la importación y comercialización de **SGDA** facilitó la aparición de nuevos oferentes, pese a las variaciones registradas en la disponibilidad de insumos. Lo anterior permite inferir que la medida no sólo permitió la eliminación de una importante barrera de entrada sino que, a su vez, representa la posibilidad de incentivar una condición necesaria para la existencia de un mercado perfectamente competitivo (varios oferentes).

Por su parte, para el periodo investigado, en cuanto al precio de venta de los **SGDA**, el análisis realizado por parte de la Delegatura para distintas presentaciones, muestra que los precios promedio mensual de venta de las empresas requeridas no registraron variaciones significativas ni sostenidas en ninguna de las presentaciones comercializadas (ver Gráfica No. 4).

"Por la cual se archiva una investigación"

Gráfica No. 4. Evolución del precio promedio mensual de venta de SGDA discriminado por tipo de presentación**Fuente:**

Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información obrante en el Expediente.

Visto lo anterior, para este Despacho no es posible establecer la existencia de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la imposición de precios inequitativos por parte de **FARMALATAM**, toda vez que el mercado presuntamente afectado no evidenció aspectos como la existencia de barreras de entrada que imposibilitaran que las mismas fuerzas de oferta y demanda tuvieran la capacidad de contrarrestar el supuesto aumento injustificado de precios de los productos. Por este motivo, la intervención de la Autoridad de Competencia sería injustificada.

Ahora bien, y a pesar de que lo anterior sería suficiente para concluir la inexistencia de la práctica anticompetitiva, este Despacho determinó que tampoco existen suficientes elementos para dar por verificados los criterios que determinan si el precio impuesto por **FARMALATAM** a los bienes objeto de investigación entre el 11 y 14 de marzo de 2020 tiene o no el carácter de inequitativo.

Como fue mencionado anteriormente en la presente Resolución, y resaltado por esta Superintendencia en casos anteriores¹⁹⁹, el análisis respecto al carácter de inequitativo de un precio debe tener en cuenta un análisis cuantitativo de la serie de tiempo del precio promedio de los bienes objeto de investigación y de sus sustitutos, a fin de poder establecer la ilegalidad de la conducta.

En ese sentido, y aplicando lo anterior al caso concreto, a efectos de realizar un análisis del comportamiento de los precios de cada uno de los geles comercializados por **FARMALATAM**, este Despacho calculó el precio promedio mensual de los bienes en mención, tal y como se muestra en la Tabla No. 2.

Tabla No. 2. Precio promedio mensual de los geles comercializados por FARMALATAM según tipo de presentación

Producto	ene-20	feb-20	mar-20	abr-20
Bacterion Gel Antibacterial Frasco Con 100 mL			17.501	
Bacterion Gel Antibacterial Instantáneo Frasco Con 300 mL	10.716			
Bactroderm Gel Antibacterial Candy Con Vitaminas A & E Frasco Con 35 mL		6.416	10.782	
Bactroderm Gel Antibacterial Frasco Con 1000 mL	32.149	33.350		
Bactroderm Gel Antibacterial Frasco Con 1000 mL + 490 mL	27.748	28.431		
Bactroderm Gel Antibacterial Frasco Con 490 mL		14.740	14.740	
Gel Antibacterial Bacterion Frasco Con 40 mL		4.120		
Gel Antibacterial Bactroderm Candy Frasco Con 35 mL			7.811	
Gel Antibacterial Bactroderm Coconut Frasco Con 35 mL		3.677	8.556	
Gel Antibacterial Bactroderm Ocean Frasco Con 35 mL		4.430	10.841	
Gel Antibacterial Con Aloe Vera Natural Feeling Frasco Con 300 mL			39.916	
Gel Antibacterial Familia Con Vitamina E, Aloe Vera Frasco Con 40 mL	3.871	8.810	8.774	
Gel Antibacterial Familia Con Vitamina E, Aloe Vera y Karité Frasco Con 40 mL				9.861
Gel Antibacterial Familia Doypack Con 405 mL – Con Vitamina E		10.380		

¹⁹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 65851 de 2021.

"Por la cual se archiva una investigación"

Producto	ene-20	feb-20	mar-20	abr-20
Gel Antibacterial Familia Pote Con 265 mL – Con Aloe Vera	9.343			
Gel Antibacterial Frutos Verdes Frasco Con 250 mL			31.143	
Gel Antibacterial Rodher Frasco Con 130 mL		4.248		
Gel Antibacterial Terapi Spa Xtreme Para Manos Neutro Frasco Con 300 mL			39.520	
Gel Antibacterial Valnis Frasco Con 1000 mL			110.000	
Gel Antitranspirante Antibacterial Clear Gillette Empaque Con 2 Frascos Con 113 g C/U	26.002	24.051		26.285
Supragel Alcohol Isopropílico 63% Tubo Con 240 mL	0			
Supragel Alcohol Isopropílico 63% Tubo Con 240 mL Rx			29.513	11.840
Supragel Frasco Con 60 mL Rx			11.981	11.360

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información obrante en el Expediente.

Llama la atención que en la información requerida por la Delegatura, sólo se recaudó lo correspondiente a **FARMALATAM** para el periodo comprendido entre enero de 2020 y abril de 2020, aun cuando se solicitó información de los demás competidores para el periodo entre enero de 2020 y agosto de 2020. Esta carencia de información respecto a la serie de tiempo del precio promedio de los bienes objeto de investigación no permite establecer, de manera certera, el carácter sostenido de la presunta conducta y, por ende, una vulneración al régimen de competencia por la existencia de precios inequitativos en el periodo investigado.

Asimismo, resulta pertinente enfatizar que dada la cantidad de unidades vendidas de los geles objeto de investigación (123 unidades) por parte de **FARMALATAM** respecto a la cantidad total vendida en el mercado, incluyendo aquellas vendidas por parte de sus competidores requeridos, este Despacho concluye que la presunta práctica anticompetitiva no representó una afectación importante al bienestar económico.

Finalmente, es preciso mencionar que en el Expediente no obra información relativa a los criterios relacionados con el carácter excesivo o inequitativo del precio, como por tan solo citar un ejemplo, la diferencia significativa y, en particular, sostenida en el tiempo entre el precio y el costo total de las **SGDA** comercializadas por **FARMALATAM**.

Ante ello y sumado a lo precisado en líneas anteriores respecto a los criterios relacionadas con la definición del mercado relevante, este Despacho concluye que no existen argumentos suficientes para concluir que **FARMALATAM** incurrió en la práctica restrictiva de la competencia objeto del presente Acto Administrativo.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR la investigación iniciada contra **FARMALATAM COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.659.494-9, por los motivos expuestos en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **FARMALATAM COLOMBIA S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.659.494-9 y **D1 S.A.S.** –antes **KOBA COLOMBIA S.A.S.**–, identificada con NIT No. 900.276.962-1, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación

“Por la cual se archiva una investigación”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los **21 ABR 2022**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: T. Posada / G. Lozano
Revisó y Aprobó: A. Pérez.

NOTIFICAR:**FARMALATAM COLOMBIA S.A.S.**

NIT: 900.659.494-9

Apoderado

ANDRÉS FELIPE MERCHÁN DE LA HOZ

C.C. 1.020.767.173

T.P. 250.718 del CSJ

amerchan@brickabogados.com

Bogotá D.C.

Calle 97A No. 8-10, Oficina 202.

D1 S.A.S. -antes KOBIA COLOMBIA S.A.S.-

NIT: 900.276.962-1

Apoderado

DANIEL CAMILO BELTRÁN CASTIBLANCO

C.C. 80.076.005

T.P. 185.310

dbeltran@esguerra.com

Bogotá D.C.