

Radicación: 11-92744

Resolución No. 3703 de 2013

**DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA DE INTEGRACIONES - SUPUESTO
SUBJETIVO - Participación en el mercado**

Sobre este particular, se considera que un agente económico participa en un mercado determinado cuando se verifica al menos uno de los siguientes supuestos: (i) que el agente económico realice actividades comerciales en dicho mercado (sea directamente o a través de una empresa sobre la cual ejerce un determinado control); o (ii) que aunque en el momento específico de la integración el ente económico no obtenga ingresos en el mercado referenciado, exista evidencia de que tiene la capacidad (en términos de activos, capital humano, capacidad financiera, entre otras), la firme intención y el compromiso de realizar transacciones y obtener ingresos en dicho mercado en el futuro cercano.

De la anterior noción, que es además compartida por otras autoridades de competencia, se desprende que la definición de participante en el mercado incluye a los agentes económicos que hacen parte de la oferta en el mismo, pero que por cualquier razón al momento específico de la integración no están obteniendo ingresos del ejercicio de la actividad en cuestión.

No obstante, cabe precisar que para que un agente económico califique en esta categoría no es suficiente que tenga la capacidad y las facilidades para realizar transacciones en el mercado referenciado, sino que también será necesario demostrar que, o bien ha realizado transacciones en el pasado (sea directamente o a través de empresas que se encuentran bajo su control al momento de realizar la integración), o bien tiene, al momento de realizar la operación, el firme propósito de iniciar en un futuro cercano la producción de bienes o servicios en dicho mercado.

Aceptar una posición contraria a la anteriormente señalada implicaría reconocer que casos como la compra de activos de una empresa en quiebra que dejó de realizar transacciones en el mercado, no tendrían que informarse ante esta Superintendencia, no obstante tiene la potencialidad de generar modificaciones en el mercado que pueden afectar, eventualmente, los consumidores y la eficiencia económica.

CONTROL PREVIO DE INTEGRACIONES - Finalidad

Y es que precisamente la finalidad del control previo de integraciones que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio es prevenir la consolidación de estructuras económicas que pudieran resultar nocivas para el mercado, los competidores y para los consumidores en general, los cuales podrían verse reducidos o afectados por estrategias jurídicas o económicas de quienes participan en el mercado.

Por esta razón, es fundamental que la Superintendencia ejerza su función de control de integraciones, de manera que pueda verificar que la operación que se pretende adelantar no comporte una concentración indebida del mercado al generar una restricción de la oferta, la eliminación o exclusión de los competidores, una posición dominante de la empresa integrada, ni ninguna otra alteración que pueda afectar el mercado respectivo.

INTEGRACIONES VERTICALES - Efectos

Para el caso de las integraciones verticales, aunque por regla general pueden generar eficiencias para el mercado, en ciertas situaciones y bajo ciertos supuestos, pueden tener efectos que reduzcan la competencia efectiva en el mercado. Por lo general, estos efectos son similares a los generados por los acuerdos de exclusividad, es decir, se presenta el riesgo de que la integración vertical pueda absorber una parte suficiente de proveedores o compradores que deteriore de manera significativa la capacidad de los rivales para competir.

INTEGRACIONES - Tipos

En este orden de ideas, cuando la correspondencia se presenta en el mismo nivel o fase de la cadena productiva estaremos ante una integración de carácter horizontal, al paso que cuando una de las partes de la operación desarrolla sus actividades en un mercado anterior o posterior al mercado en el que opera la otra parte de la operación, nos encontramos frente a una integración de tipo vertical.

Tanto la integración horizontal como la vertical son figuras independientes, por lo que basta con que concurren los elementos y presupuestos necesarios de cada forma de integración para que ésta tenga lugar. Por ello, la ausencia de integración horizontal no excluye la posibilidad de que se presente una integración vertical.

SOLICITUD DE PRUEBAS - Oportunidad

En primer lugar, debe precisarse que en las actuaciones por infracción al régimen de protección de la competencia se determina claramente la oportunidad de los investigados para pedir y aportar pruebas, la cual se circunscribe al período comprendido entre la apertura de la investigación y la suscripción del informe motivado. En efecto, debe recordarse que el procedimiento establecido para las investigaciones por la supuesta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia es un procedimiento reglado, en el que la ley establece expresamente las oportunidades procesales con que cuenta el investigado para ejercer su defensa, lo cual incluye la oportunidad para solicitar y allegar pruebas.

Así bien, no es posible solicitar, como es pretendido por los investigados, que no se tengan en cuenta los hechos nuevos que pueden surgir de las pruebas que se practiquen dentro del periodo probatorio cuando estos se encuentran enmarcados dentro del cargo que se imputó y la causa que dio lugar a la apertura, máxime si fueron los propios investigados quienes aportaron las pruebas de las cuales se desprendieron los hechos cuya valoración pretenden hacer ver como violatoria del ejercicio de su derecho de defensa.

En este sentido, la interpretación de los investigados según la cual en el acto de apertura la Entidad debe hacer alusión a todos los hechos que permiten la investigación de la conducta es a todas luces errónea.

Así las cosas, lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben practicarse en el curso de la investigación y de los hechos que deben analizarse, es el cargo o cargos sobre conductas restrictivas de la competencia a que se refiere la apertura de la misma. En efecto, la investigación se abre precisamente para determinar si aquellos a quienes se dirige esa afirmación incurrieron o no en esa conducta.

Por su parte, así como las pruebas que se practiquen en la investigación pueden servir para profundizar o controvertir las razones que motivaron la apertura, también

pueden evidenciar hechos nuevos y concretos que están relacionados con las presuntas normas violadas según la apertura de la investigación, que formen parte de la conducta relacionada con los cargos formulados y que formen parte de la causa general que dio origen a la investigación.

VIOLACIÓN DERECHO DE DEFENSA - Configuración

No debe perderse de vista que dentro del procedimiento que se sigue por infracción a las normas de protección de la competencia, la violación al derecho de defensa se presenta cuando no se ha dado al investigado la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a los hechos que se le imputan, y para solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de controvertir los cargos formulados y desvirtuar las pruebas que obren en su contra. El derecho de defensa se garantiza también con el traslado que se da a los investigados del Informe Motivado, oportunidad en la que estos pueden exponer los argumentos que desvirtúen lo allí consignado.

Estas oportunidades se garantizaron en el presente caso, pues los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obraba en el expediente, y la que se iba incorporando al mismo en algunos casos por ellos mismos, como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado. Prueba de ello, es que todas las empresas investigadas recorrieron el traslado que se les hizo tanto de la Resolución de apertura de investigación, como del Informe Motivado.

PROPORCIONALIDAD EN MATERIA SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA - Adecuación

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y actuación procesal, entre otras.

En cualquier caso, es importante mencionar que en los procesos de dosificación de sanción que realiza este Despacho, la multa a imponer a las investigadas responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que se reprocha y, en ningún caso, busca excluir al investigado del mercado ni imponer multas exageradas con relación al grado de responsabilidad en la afectación de la competencia.