

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN 65851--- DE 2021

(11 OCT 2021)

Radicación: 20-86232

*“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. 19922 del 4 de mayo de 2020 (en adelante “Resolución No. 19922 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 **INMADICA ANDINA S.A.** (en adelante “**INMADICA**”) para determinar si infringió el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia).

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa inició de oficio, con el fin de determinar si **INMADICA** habría realizado conductas anticompetitivas en el marco de la emergencia económica, social y ecológica generada por la propagación de COVID-19 a nivel nacional, teniendo como origen dos (2) cotizaciones emitidas por **INMADICA**², que fueron remitidas anónimamente a esta Superintendencia.

Conforme lo anterior, la Delegatura realizó distintos requerimientos de información³, así como decretó y practicó el testimonio de la representante legal de **3M COLOMBIA S.A.** (en adelante “**3M COLOMBIA**”)⁴.

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. 19922 de 2020⁵, ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **INMADICA** por presuntamente haber violado la prohibición general de competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959) al determinar precios inequitativos en el mercado de los elementos de protección personal (en adelante “EPP”). Esto debido a que la investigada habría incrementado en un corto lapso de tiempo, y sin razón aparente, los precios de venta de los EPP demandados por el personal del sector de la salud y la comunidad en general durante la coyuntura generada por la pandemia del COVID-19.

¹ Archivo “23. F. 35 a F.62 20086232--0000600000 Resolución No. 19922 de 2020 (versión pública)” contenido en el Drive del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 20-86232.

² Archivo “1. F1 y F2 Cotización1 – 1575-2020.xls WILLY PAUL STANGL (4).pdf” y archivo “2.F.2 y F.4 Cotización2 – 1580-2020.xls KITS HOSPITALARIOS (1).pdf” contenido en el Drive del Expediente.

³ Archivo “3. F. 5, 6 y 7 20-86232-0.pdf” y archivo “5. F. 10, 11 y 12 20-86232-1.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

⁴ Archivo “14. F. 25 AUDIENCIA VIRTUAL SIC - 3M (2020-04-17 at 09_00 GMT-7).mp4” contenido en el Drive del Expediente.

⁵ Archivo “23. F. 35 a F.62 20086232--0000600000 Resolución No. 19922 de 2020 (versión pública)” contenido en el Drive del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

La imputación encontró fundamento en las siguientes circunstancias:

- Los productos posiblemente afectados corresponden a protectores faciales respiratorios y elementos de protección visual y corporal utilizados para personal del sector de la salud. En el contexto de la emergencia económica, social y ecológica derivada de la pandemia por COVID-19, estos elementos fueron requeridos por las instituciones del sector salud, para la protección del personal que atiende los pacientes infectados con el virus que la ocasiona.
- En condiciones normales, los EPP están destinados a la protección de los trabajadores del sector industrial. Sin embargo, su demanda aumentó con el fin de proteger a los trabajadores de las instituciones del sector salud. Precisamente, mediante el Decreto Legislativo No. 544 del 13 de abril de 2020, el Gobierno Nacional adoptó una serie de medidas encaminadas a facilitar la contratación estatal para la adquisición, entre otros, de EPP.
- Los EPP comercializados en Colombia son en su mayoría de fabricación extranjera, importados y distribuidos por subordinadas del fabricante o distribuidores independientes. Los principales fabricantes de EPP tienen una amplia presencia a nivel mundial y en Colombia cuentan con una importante red de distribución y presencia en las principales ciudades del país, con alcance geográfico de distribución a nivel nacional.
- Por ejemplo, **3M COLOMBIA**, subsidiaria de uno de los principales productores a nivel mundial de EPP, realiza ventas directas únicamente a clientes institucionales específicos en Colombia, ya que es su amplia red de distribuidores la que comercializa los productos en todo el territorio nacional.
- **INMADICA** es una empresa que se dedica a la comercialización de EPP y al desarrollo de soluciones para la seguridad industrial y salud ocupacional en Colombia. Figura como distribuidor autorizado de **3M COLOMBIA**, y, además, distribuye productos de las marcas **DUPONT** y **STEELPRO**, entre otros.
- El mercado posiblemente afectado fue el de la comercialización al por mayor y al detal de EPP para personal del sector salud a nivel nacional.
- **INMADICA** habría incrementado en un corto periodo de tiempo y de forma significativa los precios de los EPP que comercializaba, incremento que no contaría con una justificación razonable y que correspondería a un propósito individual del agente para obtener un beneficio económico en provecho de la situación de emergencia que atraviesa Colombia.
- En un período no mayor a seis (6) días, **INMADICA** aumentó los precios de los EPP entre un 8% y 12%. Tal situación se advierte de la revisión de dos (2) cotizaciones emitidas por el agente de mercado. Una del 6 de abril de 2020 en la que aparecen cuatro (4) kits compuestos por EPP, en el que se discriminó el valor por producto, y una del 12 de abril de 2020 en la que aparecen cuatro (4) kits compuestos por EPP con un precio global. El incremento de precios se dio en productos de la misma referencia. Además, uno de los principales proveedores de los EPP a **INMADICA** indicó que los precios a los que vendían esos productos no habían tenido una variación significativa.
- La representante legal de **INMADICA** no compareció a rendir testimonio en la etapa de averiguación preliminar, situación que impidió que la Delegatura conociera las razones por las que dicha empresa incrementó los precios de los EPP. Además, tal situación, conforme lo establecido en el artículo 241 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante, “Código General del Proceso” o “CGP”), se considera como un indicio en su contra en relación con la posible comisión de la conducta anticompetitiva.
- El comportamiento desplegado por **INMADICA** habría estado encaminado a determinar precios inequitativos en el mercado, violando así la prohibición general de competencia (artículo 1 Ley 155 de 1959). Lo anterior, por cuanto (i) incrementó los precios de los EPP de manera significativa, en un contexto en el que los productos se requerían para el manejo de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional; (ii) no existió una explicación objetiva y razonable que

“Por la cual se archiva una investigación”

justificara el incremento referido; y (iii) por la situación excepcional, el comportamiento de **INMADICA** tuvo la potencialidad de afectar el acceso de los consumidores a los productos.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, y dentro del término legal correspondiente, **INMADICA** presentó su escrito de descargos⁶.

Posteriormente, mediante escrito radicado con el No. 20-86232—22 del 16 de junio de 2020, **INMADICA** presentó ofrecimiento de garantías⁷, las cuales fueron rechazadas por el Superintendente de Industria y Comercio mediante comunicación radicada con el No. 20-86232—25 del 1 de julio de 2020⁸. Frente a tal decisión, **INMADICA** interpuso recurso de reposición⁹, el cual fue rechazado por improcedente mediante comunicación radicada con el No. 20-86232—28 del 17 de julio de 2020¹⁰.

A través de la Resolución No. 46969 del 12 de agosto de 2020¹¹, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió las solicitudes probatorias, decretó de oficio algunas pruebas y se pronunció entorno a la no procedencia de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001. Frente a la decisión de rechazo de pruebas, **INMADICA** presentó recurso de reposición¹², el cual fue resuelto –junto con unas solicitudes de prórroga–, así como se reprogramó la práctica de una prueba y se decretaron otras de oficio, a través de la Resolución No. 53598 del 3 de septiembre de 2020¹³.

Mediante escrito radicado con el No. 20-86232-48 del 25 de septiembre de 2020¹⁴, **INMADICA** presentó desistimiento de la prueba pericial que había solicitado y que fue decretada en la Resolución No. 46969 del 12 de agosto de 2020; desistimiento aceptado –junto con una insistencia de requerimientos de información y el decreto de oficio de unas pruebas– mediante Resolución No. 64201 del 14 de octubre de 2020¹⁵.

Finalmente, mediante la Resolución No. 70678 del 6 de noviembre de 2020¹⁶ 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.

CUARTO: 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 25 de noviembre de 2020¹⁷.

QUINTO: Que mediante radicado No. 20-86232-60 del 30 de noviembre de 2020¹⁸, **INMADICA** presentó solicitud de nulidad contra las Resoluciones No. 46969 del 12 de agosto de 2020 y 53598 del 3 de septiembre de 2020.

⁶ Archivo “43. F. 133 a F. 175 20086232--0002400000 Descargos INMADICA ANDINA S.A.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

⁷ Archivo “41. F. 124 a F. 131 20086232--0002200000 Solicitud de garantías.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

⁸ Archivo “45. F. 177 a F. 192 20086232--0002500000 Comunicación sobre ofrecimiento de garantías.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

⁹ Archivo “46. F. 193 a F. 200 20086232--0002600000 recurso de reposición (garantías).pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹⁰ Archivo “48. F. 202 a F. 205 20086232--0002800000 Comunicación improcedencia del recurso.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹¹ Archivo “49. F. 206 a F. 213 20086232--0002900000 Resolución No. 46969 de 2020.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹² Archivo “55. F. 236 a F. 242 20086232--0003500000 Recurso de reposición INMADICA.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹³ Archivo “62. 20086232--0004100000 Resolución No. 53598 del 3 de septiembre de 2020.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹⁴ Archivo “70. 20086232--0004800000 Desistimiento dictamen pericial.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹⁵ Archivo “72. 20086232--0005000000 Resolución No. 64201 del 14 de octubre de 2020” contenido en el Drive del Expediente.

¹⁶ Archivo “77. 20086232--0005500000 Resolución No. 70678 del 6 de noviembre de 2020.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

¹⁷ Archivo “81. 20086232--0005900000 Constancia audiencia Decreto 019 de 2012.pdf” y archivo “82. Grabación audiencia Decreto 019 de 2012.mp4” contenidos en el Drive del Expediente.

¹⁸ Archivo “83. 20086232--0006000000 Solicitud de nulidad.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

SEXTO: Que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó el 16 de abril de 2021 su informe motivado¹⁹ ante el Superintendente de Industria y Comercio (en adelante, “Informe Motivado”) en el cual recomendó “archivar la presente actuación administrativa a **INMADICA ANDINA S.A.**”²⁰.

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

- Los productos afectados corresponden a aquellos que se comercializan en el mercado como EPP, los cuales son todos aquellos equipos o dispositivos especialmente proyectados y fabricados para preservar el cuerpo humano, en todo o en parte, de riesgos específicos como accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Dentro de tales elementos se encuentran los protectores faciales respiratorios y los elementos de protección visual y corporal. La comercialización de estos productos se concentró en las personas e instituciones del sector salud desde marzo de 2020 con ocasión de la emergencia sanitaria ocasionada por el COVID-19.
- **INMADICA** no mantuvo ni determinó precios inequitativos, pues (i) los precios de las dos (2) cotizaciones objeto de análisis son superiores a los precios efectivamente facturados por la investigada durante la emergencia sanitaria y (ii) la mayoría de los EPP ofertados en las cotizaciones investigadas no fueron efectivamente adquiridos por los clientes. En tal sentido, los precios de las cotizaciones no tuvieron la potencialidad real de afectar al consumidor ni producir un efecto explotativo en el mercado.
- Se identificaron siete (7) productos referenciados en las cotizaciones del 6 y 12 de abril de 2020 – GAFAS SECUREFIT 3M (referencia SF401AF), CARETA DE PROTECCIÓN FACIAL (referencia 201801160452), PIEZA FACIAL MEDIA CARA (referencia 7502-3M), FILTROS (7093B-3M), PIEZA FACIAL CARA COMPLETA (referencia 6800-3M), TRAJE DE PROTECCIÓN TYCHEM (referencia QC127SLY) y OVEROL TYVEK SANAREX (SL127BWH)–. Para realizar el análisis del comportamiento de los precios globales por kit cotizado y el comportamiento de los precios de cada una de las referencias identificadas en las cotizaciones, se determinó el precio individual de cada EPP contenido en las cotizaciones.
- Análisis del precio global ponderado por Kit:

Tabla No. 1: Análisis del precio global ponderado por kit presentado en el Informe Motivado

Kit No.	EPP	Conclusiones del análisis
1	GAFAS SECUREFIT 3M (referencia SF401AF), CARETA DE PROTECCIÓN FACIAL (referencia 201801160452), PIEZA FACIAL MEDIA CARA (referencia 7502-3M), FILTROS (7093B-3M), y el TRAJE DE PROTECCIÓN TYCHEM (referencia QC127SLY).	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios a los que INMADICA vendió los bienes del Kit No. 1 nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril y mucho menos el ofertado el 12 de abril. • Existe un incremento del 1,58% del precio de venta del Kit No. 1 en marzo respecto a febrero de 2020. • Existe un incremento del precio de venta del 11,15% en abril de 2020 respecto de marzo de 2020, pero en mayo del mismo año se presentó una reducción de 10,87%. • El precio de venta del Kit No. 1 ponderado por cantidades para marzo fue de \$167.077. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 38,12% por debajo del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y 50,56% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. • El precio de venta del Kit No. 1 ponderado por cantidades para abril fue de \$186.787. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 26,97% por debajo

¹⁹ Archivo “89. 20086232-0006400000 Traslado interno Informe Motivado.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

²⁰ Archivo “86. Informe_Motivado_caso_Inmadica V. Pública.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

"Por la cual se archiva una investigación"

Kit No.	EPP	Conclusiones del análisis
2	PIEZA FACIAL CARA COMPLETA (referencia 6800-3M) y FILTROS (7093B-3M)	<p>del precio cotizado el 6 de abril y 39,40% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los precios de los bienes del Kit No. 2 nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril, mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe un incremento del 10,72% del precio de venta del Kit No. 2 en marzo respecto a febrero de 2020. • Existe una disminución en el precio de venta del 3,18% en abril de 2020 respecto a marzo de 2020 y la variación de mayo con respecto a abril fue de 0,53%. • El precio de venta del Kit No. 2 ponderado por cantidades en marzo fue de \$398.713. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 20,89% por debajo del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y un 28,46% por debajo del precio cotizado el 12 de abril de 2020. • El precio de venta del Kit No. 2 ponderado por cantidades para abril fue de \$386.237. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 24,07% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 31,64% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.
3	FILTROS (7093B-3M), PIEZA FACIAL CARA COMPLETA (referencia 6800-3M) y TRAJE DE PROTECCIÓN TYCHEM (referencia QC127SLY)	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de los bienes del Kit No. 2 nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril, mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe un incremento del 8,62% del precio de venta del Kit No. 3 en marzo respecto a febrero de 2020. • En abril y mayo de 2020 el precio de venta global se mantuvo relativamente estable. • El precio de venta del Kit No. 3 ponderado por cantidades en marzo fue \$461.165. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación el valor ponderado por cantidades estuvo 21,07% por debajo del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y 29,60% por debajo del precio cotizado el 12 de abril de 2020. • El precio de venta del Kit No. 3 ponderado por cantidades para marzo fue de \$464.471. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 20,36% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 28,88% por debajo del precio cotizado el 12 de abril de 2020.
4	FILTROS (7093B-3M), PIEZA FACIAL CARA COMPLETA (referencia 6800-3M) y OVEROL TYVEK SANAREX (SL127BWH)	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de los bienes del Kit No. 4 nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril, mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe una disminución del 18,65% del precio de venta del Kit No. 4 en febrero y un incremento de 24,54% en marzo del mismo año. • En abril hubo una disminución del 10,05% y en mayo un incremento del 15,10%. • El precio de venta del Kit No. 4 ponderado por cantidades en marzo fue de \$558.294. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 15,11% por debajo del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y 24,04% por debajo del precio cotizado el 12 de abril de 2020. • El precio de venta del Kit No. 4 ponderado por cantidades fue de \$461.445 para abril de 2020. • En comparación a las cotizaciones objeto de investigación, el valor ponderado por cantidades estuvo 34,16% por debajo

"Por la cual se archiva una investigación"

Kit No.	EPP	Conclusiones del análisis
		del precio cotizado el 6 de abril y 43,09% por debajo del cotizado el 12 de abril de 2020.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

- Análisis de los precios individuales de cada EPP:

Tabla No. 2: Análisis de los precios individuales de cada EPP presentado en el Informe Motivado

No.	EPP	Conclusiones análisis
1	GAFAS SECUREFIT 3M (referencia SF401AF)	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe una disminución del 3,76% del precio de venta en febrero y un incremento de 16,79% en marzo. • En abril hubo una disminución del 8,75% del precio de venta. • El precio de venta ponderado por cantidades en marzo de 2020 fue \$12.600, valor que estuvo 17,44% por debajo del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y 29,88% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. • En abril el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$11.544, valor que estuvo 26,19% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 38,36% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.
2	CARETA DE PROTECCIÓN FACIAL (referencia 201801160452)	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe una disminución del 7,73% del precio de venta en febrero de 2020 y un incremento de 7,77% en marzo del mismo año. • En abril hubo un incremento del 17,44% y en mayo una disminución de 19,22%. • Para marzo el precio de venta ponderado por cantidades fue \$22.857, valor que estuvo 45,43% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 57,87% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. • En abril el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$27.212, valor que estuvo 27,99% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 40,43% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.
3	PIEZA FACIAL MEDIA CARA (referencia 7502-3M)	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe una disminución del 0,96% del precio de venta en febrero de 2020 y de 0,32% en marzo del mismo año. • En abril de 2020 hubo un incremento del 8,63% en los precios de venta y una disminución de 5,11% en mayo. • En marzo de 2020 el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$70.420, valor que estuvo 22,97% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 35,41% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. • En abril el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$76.000, valor que estuvo 14,34% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 26,78% por debajo del precio cotizado el 12 de abril de 2020.
4	FILTROS (7093B-3M)	<ul style="list-style-type: none"> • Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril y mucho menos el del 12 de abril de 2020. • Existe una disminución del 0,87% del precio de venta en febrero de 2020 y un incremento de 1,37% en marzo del mismo año.

"Por la cual se archiva una investigación"

No.	EPP	Conclusiones análisis
		<ul style="list-style-type: none"> En abril hubo un incremento del 7,01% y en mayo una disminución de 14,48%. En marzo el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$14.987, valor que estuvo 83,28% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 92,62% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. En abril el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$16.075, valor que estuvo 76,27% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 85,61% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.
5	PIEZA FACIAL CARA COMPLETA (referencia 6800-3M)	<ul style="list-style-type: none"> Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 12 de abril y en abril alcanzó a penas el nivel del precio cotizado el 6 de abril. Existe un incremento del 6,68% del precio de venta en febrero de 2020 y una disminución de 3,83% en marzo del mismo año. En abril hubo un incremento de 22,53% y en mayo una disminución de 6,20%. En marzo el precio de venta estuvo 22,23% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 32,73% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. En abril el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$39.117, valor que estuvo 0,30% por encima del precio cotizado el 6 de abril y 10,20% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.
6	TRAJE DE PROTECCIÓN TYCHEM (referencia QC127SLY)	<ul style="list-style-type: none"> Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 6 de abril de 2020 y mucho menos el del 12 de abril de 2020. En febrero de 2020 se presentó una disminución del 8,62% del precio de venta y en marzo del mismo año se dio un incremento del 11,52%. En abril hubo una disminución de 4,05% y en mayo un incremento de 1,78%. En marzo el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$368.739, valor que estuvo 13,36% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 21,41% por debajo del cotizado el 12 de abril. En abril el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$354.086, valor que estuvo 17,41% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 25,46% por debajo del precio cotizado el 12 de abril.
7	OVEROL TYVEK SANAREX (SL127BWH)	<ul style="list-style-type: none"> Los precios de venta nunca alcanzaron el nivel del precio cotizado el 12 de abril de 2020 y en marzo sobrepasaron ligeramente el nivel del precio cotizado el 6 de abril de 2020. Existe un incremento del 14,24% del precio de venta en marzo de 2020 respecto a enero de 2020. En mayo de 2020 hubo una disminución del 7,26% respecto a marzo de 2020. En marzo el precio de venta ponderado por cantidades fue de \$79.790, valor que estuvo 1% superior al precio cotizado el 6 de abril y 7,94% por debajo del precio cotizado el 12 de abril. En abril no hubo ventas, sin embargo, el precio de venta ponderado por cantidades estimado fue de \$76.995, valor que estuvo 2,57% por debajo del precio cotizado el 6 de abril y 11,50% por debajo del cotizado el 12 de abril.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

- No existió una afectación al consumidor, pues este tuvo varias alternativas de elección respecto de los productos analizados. De esta manera, el hecho de que **INMADICA** cotizara a precios altos –en las cotizaciones analizadas– no implicó que los consumidores aceptaran los precios de la oferta, pues existían otras posibilidades evidentes de consumo en el mercado.

“Por la cual se archiva una investigación”

- Las cuatro (4) conclusiones a las que es posible arribar una vez realizado el análisis correspondiente son:

“[L]a gran mayoría de los precios de venta de la compañía estuvieron por debajo de los precios que dieron origen a esta investigación. Los precios de venta globales por kit, en todos los casos, estuvieron significativamente por debajo de los precios de los kits cotizados el 6 y el 12 de abril. Los precios de venta individuales por referencia, en cinco de los siete productos, estuvieron por debajo de los precios cotizados el 6 y el 12 de abril de 2020 (...).

[L]as cotizaciones del 6 y el 12 de abril de 2020 no dan cuenta de los precios realmente ofertados y facturados por la investigada entre marzo y mayo de 2020 (...).

*[L]os precios ofertados por **INMADICA** en las cotizaciones del 6 y el 12 de abril no tuvieron un efecto explotativo que afectara a los consumidores (...).*

*[E]ntre marzo y abril de 2020 hubo un incremento de precios general de los EPP (elementos de protección personal) comercializados por **INMADICA** (...)²¹.*

- El comportamiento de **INMADICA** plasmado en las cotizaciones analizadas –las cuales fundamentaron la apertura de investigación– no fue idóneo para configurar la conducta de precios inequitativos ni tuvo la potencialidad real de generar una afectación a los consumidores. **INMADICA** presentó cambios en sus costos, los cuales justificarían un incremento en los precios ofertados en marzo y abril de 2020.
- Las dos (2) cotizaciones particulares no constituyeron un comportamiento idóneo para la conducta de precios inequitativos y no tuvieron la potencialidad real de afectar al consumidor, más si se tiene en cuenta que estos pudieron acudir a otros distribuidores para satisfacer sus necesidades. Durante el periodo investigado los precios reales facturados por **INMADICA**, aun cuando tienen relación con los costos de la compañía, son significativamente inferiores a los de las cotizaciones objeto de investigación. En tal sentido, **INMADICA** no estaría en capacidad suficiente para fijar precios inequitativos en el mercado.

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 al investigado, quien, dentro del término establecido para tal fin, presentó sus observaciones al mismo²².

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. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio

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, 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”.*

²¹ Archivo “86. Informe_Motivado_caso_Inmadica V. Pública.pdf” contenido en el Drive del Expediente. P. 31.

²² Archivo “92.20086232—0006700002 Pronunciamento al Informe Motivado.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

En este sentido, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene, entre otras funciones, “[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 *ibídem*, 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.

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.

8.2. La libre competencia económica

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 es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. 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. 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 tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos²⁴.

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

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997.

“Por la cual se archiva una investigación”

Al respecto indicó la Corte 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, redundando 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 la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores”²⁵.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Es así como, protegiendo la competencia y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para consumidores y empresarios. 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 destacado²⁶ 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.

Por su parte, 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 competencia²⁷.

En efecto, la libre competencia económica es 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 afecta 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

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997.

²⁶ Combe, E. “La Concurrence”. Presses Universitaires de France. 2021.

²⁷ 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.

“Por la cual se archiva una investigación”

servicio al cliente, entre otros aspectos. Así mismo, resulta plausible mencionar que el poder de mercado tiene 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 considerada²⁸.

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 ilegales²⁹. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%³⁰ 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 suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

Así, 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.

Como puede verse de todo lo anterior, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por un lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes y servicios con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se corre el riesgo de que se extraigan ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por unos pocos. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y servicios y, por otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con

²⁸ Citado por COFECE. “Poder de mercado y bienestar social”. Cuadernos de Promoción de la Competencia. 2018.

²⁹ Connor, J.M. y Lande, R.H. “Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays”. *Cardozo Law Review* 427. 2012.

³⁰ 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”

más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales. Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

*“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, **bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad.** De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.*

(...)

***La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo.** Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigados, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos –ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.*

***En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción**³¹. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que dentro de las bondades de la libre competencia se encuentra no solo que el empresario alcance su lucro individual, sino que además se generan beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad y a un precio real y justo:

*“La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. Sobre el particular, la Corte ha insistido en que “se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), **cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo** (...)”³². (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio. Vale la pena destacar que recientemente la Corte Constitucional ha reiterado que si bien por mandato constitucional la actividad económica y la iniciativa privada son libres, esta libertad encuentra su límite en el bien común. Concretamente ha sostenido que:

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

³² Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.

“Por la cual se archiva una investigación”

*“Bajo esa perspectiva, **la razón de ser de la empresa trasciende la maximización de los beneficios privados de quienes la integran y se extiende al compromiso social de generar riqueza y bienestar general**, con lo cual se garantizan la dignidad humana, el empleo, el mejoramiento de la calidad de vida, la igualdad, la **redistribución equitativa**, la solidaridad, la sostenibilidad ambiental y la democracia”³³. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En idéntico sentido, la jurisprudencia constitucional es enfática en señalar que la intervención del Estado en la economía apunta precisamente a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales, como la libre competencia en los mercados.

*“En primer término, **la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestrinjan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impida el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores**. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. (...)”*

***Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales**. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores”³⁴. (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Dadas las consideraciones anteriores, este Despacho pasará a analizar el caso concreto, con el fin de evidenciar las razones por las que se consideró que la investigada no incurrió en las conductas que le fueron imputadas.

8.3. Marco Normativo

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas que a continuación se describen, procederá este Despacho a 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 Entidad³⁵ 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**.

³³ Corte Constitucional, sentencia C-265 de 2019.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 228 de 2010.

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 83037 de 2014.

“Por la cual se archiva una investigación”

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.

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.

Ahora bien, la investigada afirmó en sus observaciones al Informe Motivado³⁶ que en el presente caso existió una indebida imputación, toda vez que su conducta no debió haber sido analizada bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sino de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1663 de 1994, norma especial en materia de libre competencia para el sector salud, el cual no consagra la conducta de precios inequitativos que le fue imputada.

Al respecto, este Despacho concuerda con la Delegatura al sostener que el hecho de que exista una regulación especial en materia de libre competencia para el sector salud, no excluye la aplicación de la prohibición general establecida en la ley 155 de 1959 sobre el comportamiento de los agentes del sector de la salud. Lo anterior, toda vez que el artículo tercero del Decreto 1663 de 1994 establece precisamente que:

“Serán aplicables a las actividades de Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las instituciones prestadores de Servicio de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, aún si el Decreto 1663 de 1994 no establece de manera textual como práctica anticompetitiva la fijación o mantenimiento de precios inequitativos, como lo afirma la investigada, lo cierto es que el mismo legislador dio aplicación de las demás normas que conforman el régimen de libre competencia en Colombia, dentro de las cuales se incluye el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en particular respecto a la conducta de precios inequitativos. En este orden de ideas, no se encuentra sustento en el argumento de **INMADICA** respecto a que existió una indebida imputación por no haberse aplicado el Decreto 1663 de 1994.

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, 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 al aumento de precios por parte de **INMADICA** como una fijación o mantenimiento de precios inequitativos desde el punto de vista de la libre competencia.

Para llegar a la anterior conclusión, este Despacho estructuró el análisis de la conducta de la siguiente manera: Primero, se realizará un estudio respecto a la práctica anticompetitiva consistente en el establecimiento de precios inequitativos. Para esto, se analizará la forma como esta Superintendencia ha sancionado esta conducta en anteriores oportunidades, seguido de un estudio detallado de la forma como ha sido abordada por la jurisprudencia y doctrina internacional. En segundo lugar, a partir de lo anterior se establecerán una serie de elementos que para este Despacho deben estar presentes a la hora de abordar y sancionar una conducta anticompetitiva consistente en la fijación de precios inequitativos por un agente de mercado. En tercer lugar, se precederá a estudiar el acervo probatorio

³⁶ Archivo “92.20086232—0006700002 Pronunciamento al Informe Motivado.pdf” contenido en el Drive del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

contenido en el Expediente, del cual se concluyó que no se encontraron plenamente acreditados los elementos esenciales que se requieren para imponer una sanción a la empresa investigada por la conducta imputada.

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. 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 otros³⁷.

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 irrecuperables de eficiencia genera³⁸.

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 irrecuperables 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 irrecuperables de la misma.

En contraposición, ante la existencia de un monopolio, tal y como se muestra en la gráfica a continuación, 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 si no que, a su vez, estará generando pérdidas irrecuperables de eficiencia (PIE). Como se ilustra a continuación, esto obedece a que las cantidades efectivamente ofrecidas son menores a las cantidades socialmente deseables sin distorsiones (Q^*) y, además, el Pm es superior al precio de

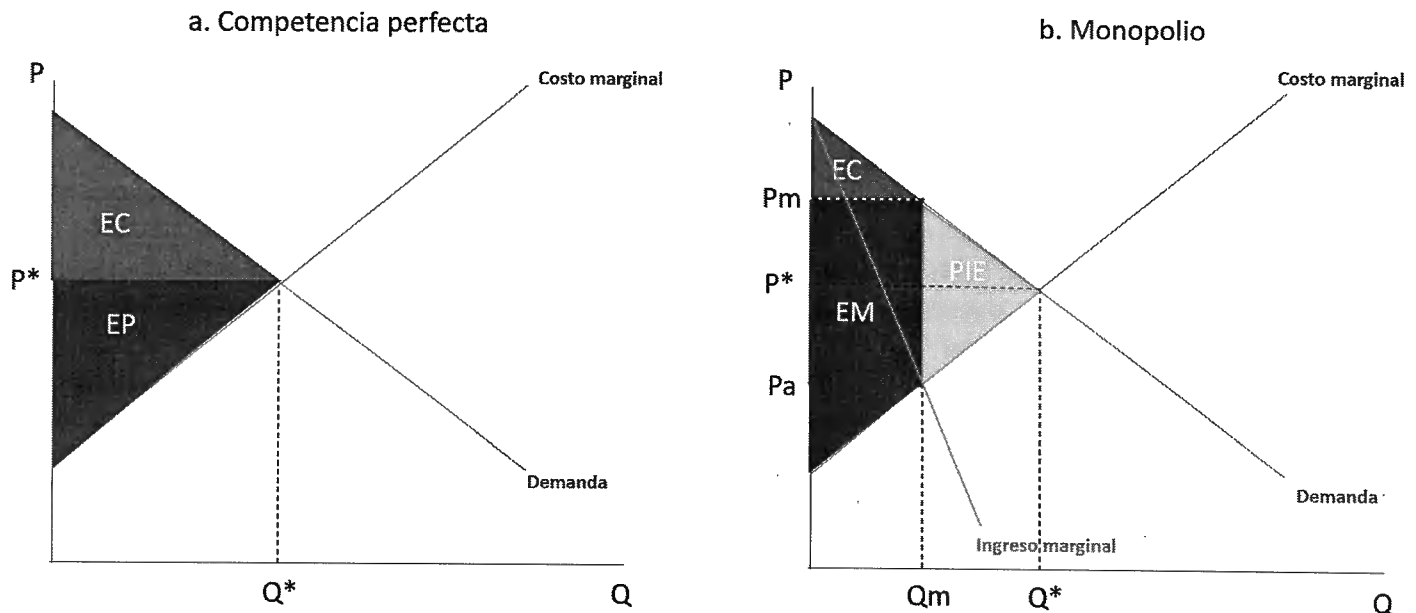
³⁷ Scherer, F. M. "Industrial market and economic performance". Houghton Mifflin, Boston. 1980. Pp. 4-6.

³⁸ 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”

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 poder de mercado se constituye en una condición necesaria, más no suficiente, para 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 dicha posición dominante 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 demanda³⁹.

Sin embargo, como 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 derivar 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.

Para esto, y previo a fijar los criterios que este Despacho considera deben cumplirse para imponer una sanción en virtud de la norma anteriormente citada, se analizarán los casos en dónde la Superintendencia de Industria y Comercio ha estudiado la normatividad nacional con relación a la condena de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. Posteriormente, se hará un estudio de las diferentes posturas en los principales ordenamientos jurídicos internacionales respecto al control que debe o no hacer la autoridad de

³⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

“Por la cual se archiva una investigación”

competencia con relación a la imposición de precios excesivos por parte de agentes del mercado. Finalmente, se estudiarán las posibles variaciones que este tipo de conductas puedan presentar en situaciones de crisis, como la que comportó la pandemia por COVID-19.

Hecho lo anterior, este Despacho presentará los elementos que, en su criterio, deben cumplirse y estar presentes para que la Superintendencia de Industria y Comercio considere infringido el ordenamiento nacional y el régimen de libre competencia por la imposición de precios inequitativos, para finalmente analizar el caso concreto.

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 diferentes casos en dónde 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 ha venido delimitando algunos de los elementos que ha considerado necesarios para que pueda reprocharse el comportamiento de un agente de mercado a la luz de dicha normatividad.

Para iniciar este análisis, se encuentra relevante mencionar que en los primeros casos en dónde se aplicó esta norma, se sancionó a determinados agentes económicos en virtud a que se estableció que los mismos habrían realizado pagos por fuera de los montos regulados para la leche cruda en determinadas zonas lecheras del país⁴⁰.

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 diferencia⁴¹. 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 cruda⁴².

Así, y teniendo en cuenta que por mandato legal⁴³, 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.

Posteriormente, el análisis abarcó mercados que no contaban con una regulación respecto a los precios. De esta forma, en dos actuaciones más recientes, las cuales fueron resueltas a través de las Resoluciones No. 37790 del 19 de julio de 2011⁴⁴ y 76724 del 16 de diciembre de 2014⁴⁵, 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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”.

⁴² Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Resolución No. 021 de 2006. Artículo 4.

⁴³ 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”.

⁴⁴ Caso “Vijagua”, 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.

⁴⁵ 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.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 mención 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, se determinó que si bien 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, en dicho caso tal empresa tenía la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mercado.

“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”⁴⁶. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta situación, como se verá reflejado acápite posteriores, 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, y a pesar de reconocer que en Colombia no se hacía exigible la presencia de una empresa dominante para la imposición de una sanción por establecer precios inequitativos, esta Superintendencia en el caso bajo estudio 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”⁴⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

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 Vijagual 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

⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011. P. 34.

⁴⁷ Ibídem. P. 40.

“Por la cual se archiva una investigación”

párrafos anteriores, es requerido para que las autoridades de competencia intervengan en contra de los precios supuestamente excesivos⁴⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por otro lado, en dicha oportunidad, 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)**⁴⁹. (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, realizado el análisis en el caso concreto, 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 entrada⁵⁰, elemento que, como fue mencionado, era esencial para determinar si la autoridad de competencia debía intervenir o no.

Adicionalmente, de la decisión analizada se encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio estableció en dicha oportunidad que algunos mecanismos para establecer la existencia de precios inequitativos, 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

⁴⁸ Ibídem. P. 47

⁴⁹ Ibídem. P. 36.

⁵⁰ Ibídem. P. 47.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 1959”⁵¹.* (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 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:

⁵¹ 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”

“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”⁵². (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 en el caso concreto a la fijación de precios inequitativos por parte de las concesiones aeroportuarias. En relación con lo anterior se indicó:

“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, 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 indicó”⁵³. (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

⁵² Ibídem. P. 76.

⁵³ Ibídem pp. 77 a 78.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 concreto, la Superintendencia concluyó 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, y visto todo lo anterior, este Despacho encuentra que la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de anteriores decisiones, desarrolló 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 en los casos de mercados regulados, y cuando la ley así lo disponga, el cobro de precios por encima de lo establecido en la respectiva regulación debe entenderse como la imposición de precios inequitativos⁵⁴;
- (ii) 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 competidores⁵⁵;
- (iii) Que la conducta de precios inequitativos se considera reprochable en la medida en que conlleva a la existencia de efectos explotativos sobre los consumidores finales⁵⁶;
- (iv) 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”*⁵⁷;
- (v) 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 inconvenientes⁵⁸;
- (vi) 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 competidores⁵⁹; y
- (vii) 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 legítimos⁶⁰.

En el siguiente capítulo se estudiarán las posturas tomadas por algunas de las más importantes jurisdicciones a nivel mundial respecto a este tipo de conductas, para posteriormente pasar a establecer los criterios que para este Despacho deben estar presentes al determinar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o fijar precios inequitativos a la luz del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 diciembre de 2014.

⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37790 del 19 de julio de 2011.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 diciembre de 2014.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 excesivos⁶¹. 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 mercado⁶².

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 mercado⁶³. 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 competencia⁶⁴.

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 monopolios⁶⁵. 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.

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

⁶¹ 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.

⁶² 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

⁶³ 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.

⁶⁴ Ezrachi, A. y Gilo, D. “*Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*”. 2008. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1237802

⁶⁵ 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”

de dominio en el mercado⁶⁶. 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*”⁶⁷, rechazando la posibilidad de que los mismos puedan ser considerados, por sí solos, como una violación al régimen del derecho de la competencia norteamericano⁶⁸.

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 mercado⁶⁹, 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 económico⁷⁰.

Por tanto, el *Sherman Act* -principal ley antimonopolio de este país- ha sido interpretado como una prohibición de conductas únicamente de naturaleza exclusoria⁷¹, 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 altos⁷².

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 mercados⁷³. Esta situación, si bien trajo consigo un gran desarrollo económico para el país, a la vez permitió la presencia de comportamientos que se veían como una amenaza económica, política y social⁷⁴ 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

⁶⁶ 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*”.

⁶⁷ 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

⁶⁸ 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

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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*”.

⁷¹ 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).

⁷² 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.

⁷³ Wu, Tim. *The curse of Bigness. Antitrust in the new gilded age*. Columbia Global Reports. 2018.

⁷⁴ “*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.

“Por la cual se archiva una investigación”

*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*⁷⁵.

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 posible⁷⁶.

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 (...)”⁷⁷ (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 mercado⁷⁸.

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 fomento es su principal objetivo: ‘finis opus coronat’. El competidor exitoso, habiendo sido obligado a competir, no debe ser atacado cuando gane”⁷⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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”.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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”.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 competidores⁸⁰, 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 consumidores⁸¹. 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 pueda”⁸².
(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 económico”⁸³. (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 precios altos), sino que una empresa realice conductas de naturaleza exclusorias, encaminadas a obtener, mantener o expandir su poder de mercado⁸⁴.

“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”⁸⁵.

⁸⁰ 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).

⁸¹ 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”.

⁸² *Berkey Phot, Inc. Vs Eastman Kodak Co.* 603 F.2d 263, 294 (2d Cir. 1979). Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio.

⁸³ *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”.

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 razonable⁸⁶.

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 (...)”⁸⁷.
(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, tiende 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 sí solos, no representan una preocupación principal para las normas de libre competencia económica⁸⁸.

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 económico⁸⁹. 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.

⁸⁶ 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.

⁸⁷ 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”.

⁸⁸ 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

⁸⁹ Evans, D. y Padilla, J. “Excessive prices: Using economics to define administrable legal rules. Journal of Competition Law and Economics. Oxford University Press. 2005.

“Por la cual se archiva una investigación”

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 europeo⁹⁰.

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 Unidos⁹¹. 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 continente⁹². 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 económico⁹³, lo que ha llevado a la aplicación de estándares más exigentes a la hora de analizar su comportamiento en el mercado⁹⁴.

Esta situación puede encontrar su justificación en el desarrollo histórico particular de la política de competencia en Europa. En efecto, históricamente, y respondiendo al contexto particular del continente, algunos doctrinantes han afirmado que los países miembros originales de la Comunidad Europea contaban con tradiciones de naturaleza proteccionistas. En este sentido, se mostraban partidarios a la idea de una intervención estatal directa en los mercados. Esto se debió, en gran parte, a las altas inflaciones que se generaron en estos países en el escenario de la postguerra, lo que llevó a que se implementaran políticas con el fin de controlar los precios de los productos y servicios a los consumidores⁹⁵. Como lo afirman algunos doctrinantes:

“La inflación demandó la intervención del gobierno en materia de control de precios y la manipulación de los escasos abastecimientos, haciendo del control de precios un motivo central de la política económica”⁹⁶.

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 doctrinantes⁹⁷, 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.

⁹⁰ 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>.

⁹¹ 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

⁹² Jones, A. y Sufrin, B. *EC Competition Law: Text, Cases & Materials*. Tercera Ed. Oxford. 2011. Págs. 38-43.

⁹³ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 78.

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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.

⁹⁶ 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. 237.

⁹⁷ 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”

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 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 relevante 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**”*⁹⁸. (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**”*⁹⁹. (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 1975¹⁰⁰. 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”*¹⁰¹.

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

⁹⁸ 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.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Comisión Europea. Caso *General Motors Vs Comisión Europea* (26-75).

¹⁰¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 13 de noviembre de 1975. Caso *General Motors NV Vs Comisión Europea*.

“Por la cual se archiva una investigación”

de la conducta señalada, especialmente por no haberse considerado, dentro del estudio hecho por la Comisión, la estructura de costos de la empresa investigada¹⁰².

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”¹⁰³.

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 una utilidad excesiva, basado en una comparación entre el precio cobrado 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 competidores¹⁰⁴.

Respecto a la primera de las etapas, la misma está compuesta por dos análisis: 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 determinar si dicho margen de utilidad es excesivo¹⁰⁵. Vale la pena resaltar de lo anterior, que el caso *United Brands* hace referencia al carácter excesivo como una relación entre el precio y los costos de la empresa investigada.

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 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”¹⁰⁶.

En este orden de ideas, solo una vez se haya concluido, a partir del análisis descrito, que la utilidad percibida es excesiva y que el precio puede ser caracterizado como injusto (*Unfair*) en sí mismo o en comparación con los productos competidores¹⁰⁷, será “claro” que “la empresa dominante ha (...) cosechado beneficios comerciales que no habría cosechado si hubiera existido una competencia

¹⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs Comisión Europea*. Para. 251.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Hou, L. “*Excessive Prices Within EU Competition Law*”. *European Competition Journal*. Vol. 7. 2011.

¹⁰⁵ *Ibíd.*

¹⁰⁶ Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 163.

¹⁰⁷ *Ibíd.* Para. 164.

“Por la cual se archiva una investigación”

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”¹⁰⁸.

Sin embargo, y a pesar 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*¹⁰⁹, la Comisión Europea reconoció que un análisis de los costos 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 servicio¹¹⁰.

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 servicio¹¹¹.

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”¹¹² (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 posteriores¹¹³ 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”¹¹⁴ 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 adicionales 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 costos¹¹⁵. Este punto de referencia fue utilizado en los casos *British Leyland*¹¹⁶ y *Scippacercola*¹¹⁷.

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

¹⁰⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs Comisión Europea*.

¹⁰⁹ Comisión Europea. Decisión del 23 de julio de 2004. Caso *Scandlines Sverige AB Vs Port of Helsingborg*. Para. 227.

¹¹⁰ Wish, R. y Bailey, D. “*Competition Law*”. Octava Edición. Oxford University Press. 2015. P. 763.

¹¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de febrero de 1978. Caso *United Brands Vs Comisión Europea*.

¹¹² Comisión Europea. Decisión del 10 de febrero de 2021. Caso AT.40394-ASPEN. Para. 78.

¹¹³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Caso *AKKA/LA*. Para 36.

¹¹⁴ *Ibidem*. Para 49.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de noviembre de 1986. Caso *British Leyland Public Limited Company Vs Comisión Europea*.

¹¹⁷ 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”

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 en el caso *British Leyland*¹¹⁸, 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*¹¹⁹, *Tournier*¹²⁰ y *AKKA/LAA*¹²¹, 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”¹²².

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 común¹²³. Esta postura fue utilizada por la Comisión en el caso *Deutsche Post*¹²⁴.

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 relevante¹²⁵. En el caso *Bodson*¹²⁶, 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 comparación¹²⁷.

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

¹¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 11 de noviembre de 1986. Caso *British Leyland Public Limited Company Vs Comisión Europea*.

¹¹⁹ 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 Éditeurs de Musique (SACEM)*.

¹²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 13 de julio de 1989. Caso *Ministere Public Vs Jean-Louis Tournier*.

¹²¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Caso *AKKA/LA*. Para. 38.

¹²² 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 Éditeurs de Musique (SACEM)*. Para. 25 y sentencia del 13 de julio de 1989. Caso *Ministere Public Vs Jean-Louis Tournier*. Para. 38.

¹²³ Hou, L. “Excessive Prices Within EU Competition Law”. *European Competition Journal*. Vol. 7. 2011.

¹²⁴ Comisión Europea. Decisión del 25 de julio de 2001. Caso *Deutsche Post AG – Interception of cross-border mail*. Para. 160.

¹²⁵ Hou, L. “Excessive Prices Within EU Competition Law”. *European Competition Journal*. Vol. 7. 2011.

¹²⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 4 de mayo de 1988. Caso *Corinne Bodson Vs SA Pompes Funebres des Régions Liberees*.

¹²⁷ 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”

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 “*debe ser de cierta importancia*” y “*debe persistir durante un determinado periodo y no ser temporal o episódica*”¹²⁸.

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*¹²⁹, 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 excesivos¹³⁰.

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*”¹³¹. 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 farmacéutico¹³²

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*”¹³³.

A nivel local, es de resaltar la actividad que ha tenido la autoridad de competencia del Reino Unido¹³⁴, 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 farmacéutico¹³⁵. 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*”¹³⁶.

¹²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 14 de septiembre de 2017. Caso AKKA/LA. Para. 56.

¹²⁹ 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*”.

¹³⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. *Policy Roundtables. Excessive Prices 2011*.

¹³¹ 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.

¹³² 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*”.

¹³³ 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*”.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ 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>

¹³⁶ *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 precios¹³⁷. 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)¹³⁸, la cual ha sido considerada como una de las más estrictas¹³⁹ 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 excluyente 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 excluyentes en el mercado¹⁴⁰ para poder ser sancionados como un abuso.

En segundo lugar, Motta y De Streel (2003)¹⁴¹ 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 Röller¹⁴², 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 excluyentes en el mercado.

En cuarto lugar, Liyang Hou¹⁴³, 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

¹³⁷ 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

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Motta, M. y De Streel, 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

¹⁴⁰ Wish, R. y Bailey, D. “Competition Law”. Octava Edición. Oxford University Press. 2015. P. 765.

¹⁴¹ Motta, M y De Streel, 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>

¹⁴² 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>

¹⁴³ 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 mercado¹⁴⁴; 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 Geradin¹⁴⁵, 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 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 México¹⁴⁶ y Perú¹⁴⁷ 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 exclusorios¹⁴⁸.

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

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ 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

¹⁴⁶ 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*”.

¹⁴⁷ 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*”.

¹⁴⁸ 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 este tipo de conductas 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*”¹⁴⁹. 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)*¹⁵⁰.

En igual sentido, en una decisión emitida recientemente¹⁵¹, 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:

¹⁴⁹ 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>

¹⁵⁰ 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

¹⁵¹ 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 cuestión¹⁵².

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 excesivos¹⁵³, 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

¹⁵² 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

¹⁵³ 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*¹⁵⁴. (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*¹⁵⁵. (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

¹⁵⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. Sentencia 93/2010 del 6 de enero de 2010.

¹⁵⁵ 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 información¹⁵⁶. (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 Tapia¹⁵⁷, 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 (...)*”¹⁵⁸.

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*”¹⁵⁹.

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 participación¹⁶⁰.

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 precios¹⁶¹, 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* propuestos¹⁶², 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 pasadas¹⁶³, entre otras¹⁶⁴.

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

¹⁵⁶ Ibidem.

¹⁵⁷ 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>.

¹⁵⁸ Ibidem. Pág. 99-100.

¹⁵⁹ Ibidem. Pág. 121.

¹⁶⁰ Ibidem. Pág. 122.

¹⁶¹ Ibidem. Pág. 123.

¹⁶² Como los analizados anteriormente de Evans, D.S. y Padilla, A.J. (ver cita 83), Geradin, D. (ver cita 89), entre otros.

¹⁶³ 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>.

¹⁶⁴ 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”*¹⁶⁵; (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.

Todos estos elementos, serán de gran relevancia para el análisis a realizar por parte de esta Superintendencia.

¹⁶⁵ 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 extremas¹⁶⁶, que generan distorsiones en los mercados, aumentan la demanda de bienes y servicios, y producen escasez de productos de primera necesidad¹⁶⁷. 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*¹⁶⁸ 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 locales¹⁶⁹.

En otras palabras, en Estados Unidos, diferentes regulaciones a nivel estatal¹⁷⁰ 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”¹⁷¹. 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 competencia¹⁷².

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 precio¹⁷³.

¹⁶⁶ Desastres naturales u ocasionados por humanos.

¹⁶⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “*Exploitative pricing in the time of COVID-19*”.

¹⁶⁸ 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>.

¹⁶⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos – OCDE. “*Excessive Prices*”. 2011. Disponible en: <https://www.oecd.org/competition/abuse/49604207.pdf>

¹⁷⁰ 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>).

¹⁷¹ 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>

¹⁷² 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

¹⁷³ 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 norteamericanas¹⁷⁴ 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 estatal¹⁷⁵ como a nivel federal¹⁷⁶.

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”¹⁷⁷.

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”¹⁷⁸.

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”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ 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>)

¹⁷⁵ 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

¹⁷⁶ 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

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ 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 competencia¹⁸⁰.

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 2020¹⁸¹. 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 quirúrgicas¹⁸².

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 (...)”¹⁸³.

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.

(...)

¹⁸⁰ 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>

¹⁸¹ 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>

¹⁸² 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>

¹⁸³ 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 (...)**¹⁸⁴ (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 juicioso 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”*¹⁸⁵. (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

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ 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-eqxqniyo7u&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 pública”¹⁸⁶. (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.

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

¹⁸⁶ 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”

excesivos, sino también de evaluaciones de si estos aumentos de precios son injustificados e injustos¹⁸⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En línea con lo anterior, algunos doctrinantes expertos en la materia¹⁸⁸ 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 pasadas¹⁸⁹.

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 mercado¹⁹⁰.

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.

Sin embargo, se ha entendido que lo anterior no exime a la autoridad de competencia 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 competencia genere efectos negativos, como el de desincentivar a nuevos competidores de invertir y aumentar la oferta de

¹⁸⁷ 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-egxgniy07u&title=OECD-competition-policy-responses-to-COVID-19.

¹⁸⁸ 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/>

¹⁸⁹ *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*”.

¹⁹⁰ *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”

un determinado producto, situación que se presenta como deseable en un mercado, 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

8.4.4.1. Análisis de criterios a considerar

Visto todo lo anterior, este Despacho, basado no solo en la experiencia y decisiones anteriores de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino teniendo en cuenta el desarrollo que se ha generado a nivel mundial, presentará en este capítulo, los elementos que, en su criterio, deben estar presentes para que la Autoridad de Competencia 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.

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 Entidad¹⁹¹, 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”*¹⁹².

En este sentido, y previo a la presentación del test que será planteado por esta Superintendencia a efectos de identificar aquellos criterios que permitan determinar la existencia de precios inequitativos como una conducta violatoria de la libre competencia, este Despacho expondrá un sucinto análisis económico que da cuenta de las condiciones necesarias que se han entendido deben estar presentes para la identificación de la conducta en mención.

De acuerdo con la OCDE¹⁹³, 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.

¹⁹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 del 16 diciembre de 2014.

¹⁹² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 del 16 de diciembre de 2014.

¹⁹³ 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)

“Por la cual se archiva una investigación”

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)¹⁹⁴. Ahora bien, es preciso mencionar que, independientemente del tipo de error al 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 irre recuperables de bienestar social.

Específicamente, tal y como lo destaca la OCDE¹⁹⁵, 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 competidores¹⁹⁶. 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 bienestar¹⁹⁷.

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, este Despacho 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 internacional¹⁹⁸. 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 un agente económico con alta participación de mercado, acompañado de otras condiciones que serán detalladas posteriormente, tiene una mayor

¹⁹⁴ Anderson, D., Sweeney, D. & Williams, T. “*Estadística para administración y economía*”. 2008. Ed. 10, CENGAGE Learning, pp. 342.

¹⁹⁵ 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)

¹⁹⁶ Ibidem

¹⁹⁷ Varian, H. “*Análisis microeconómico*”. Ed. 3. Antoni Bosch Editor, S.A. 1993.

¹⁹⁸ 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”

probabilidad de afectar el bienestar de los consumidores, mientras que la conducta de un agente con baja cuota de mercado puede ser contrarrestada por las mismas dinámicas competitivas;

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;
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 y que la estructura de este último evidencia la presencia de altas barreras de entrada y 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.

Específicamente, un agente de mercado con alta participación implica que cualquier decisión tendría la potencialidad de afectar significativamente a varios consumidores y por ende su bienestar, toda vez que, ante un aumento de precio, *ceteris paribus*, tendría que, o bien destinar una mayor proporción de su ingreso al consumo de las mismas cantidades del bien cuyo precio aumentó y reducir, por consiguiente, las cantidades demandadas de los demás bienes y/o servicios; o bien, reducir, acaso eliminar, las cantidades que consume del bien cuyo precio aumentó. En cualquier escenario, su bienestar se vería afectado, violando así uno de los pilares fundamentales del régimen de libre competencia. Lo anterior adquiere particular relevancia si el bien objeto de análisis no tiene sustitutos cercanos.

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 dominante.

En cualquier caso, deberá tenerse en cuenta que una empresa dominante 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.

“Por la cual se archiva una investigación”

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. 3. 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.
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.

“Por la cual se archiva una investigación”

• **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.

• **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 precio¹⁹⁹. 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

¹⁹⁹ Cuevas, H. “Fundamentos de la economía de mercado”. Universidad Externado de Colombia. 2004.

“Por la cual se archiva una investigación”

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.

8.4.4.2. Conclusión del análisis de criterios a considerar

En conclusión, este Despacho reconoce que existen ciertas condiciones necesarias para determinar el carácter inequitativo de un precio considerado. A partir de los elementos descritos, resulta pertinente que la Autoridad de competencia no se limite exclusivamente a considerar la diferencia entre el precio promedio y el costo total promedio persistente en el tiempo para llegar a tal conclusión.

Por el contrario, y del análisis hecho por esta Superintendencia a lo largo de la presente Resolución, es evidente que deben encontrarse presentes elementos y criterios que justifiquen la intervención de la Autoridad, sin afectar el proceso competitivo ni generar desincentivos para los participantes de los mercados de competir y buscar desarrollar bienes y servicios más baratos y de mejor calidad.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá analizar, en cada caso, la estructura del mercado estudiado, a fin de establecer la existencia de un agente económico con una considerable participación de mercado. Dicha participación deberá establecerse con base en diferentes criterios, entre los que resaltan la presencia de altas barreras de entrada, que imposibiliten la participación de nuevos competidores y que las mismas fuerzas del mercado puedan corregir cualquier irregularidad.

De igual forma, y únicamente en el escenario que se determine la alta participación de mercado por parte de la empresa investigada y la imposibilidad de que las fuerzas mismas del mercado permitan contrarrestar la existencia de precios altos, podrá la Autoridad entrar a establecer la condición de inequitativo del precio cobrado, para lo cual deberán tenerse en cuenta distintos elementos, como los valores históricos de inversión, diferencia entre precio-costo y persistencia en el tiempo del precio cobrado, con el fin de evitar que la intervención represente un desincentivo a los competidores de entrar y participar en los mercados de manera activa, generando bienes de mejor calidad para el consumidor final.

Finalmente, debe reiterarse que el anterior 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 competidores²⁰⁰, 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 mercado geográficos.

²⁰⁰ *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”

Así las cosas, este Despacho procederá, a continuación, a analizar el caso concreto a la luz de lo establecido hasta este punto, con el fin de determinar la ocurrencia de una violación al régimen de libre competencia por parte de la empresa investigada.

8.5. Caso concreto

8.5.1 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 si no que, a su vez, establecer los factores endógenos y exógenos que inciden sobre las fuerzas del mercado.

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 producto y geográfico y determinará, a la luz de los criterios establecidos por esta Superintendencia en la sección 8.4.4. del presente Acto Administrativo, si existen argumentos económicos suficientes para afirmar que INMADICA estableció y/o mantuvo en el tiempo precios excesivos o inequitativos.

8.5.1.1. Mercado de producto

8.5.1.1.1 Productos presuntamente afectados

Mediante Resolución No. 666 del 24 de abril de 2020²⁰¹, 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, las medidas generales para la contención de la transmisión del virus contemplan, entre otras, el uso adecuado de EPP, esto es, “*todo equipo o dispositivo especialmente proyectado y fabricado para preservar el cuerpo humano en todo o en parte, de riesgos específicos de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales*”²⁰².

²⁰¹ Derogada por el artículo 9 de la Resolución 777 del 2 de junio de 2021

²⁰² Ministerio de Salud y Protección Social. “Programa de elementos de protección personal, uso y mantenimiento”. Septiembre, 2017. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Ministerio/Institucional/Procesos%20y%20procedimientos/GTHS02.pdf>

“Por la cual se archiva una investigación”

No obstante, tal y como se precisa en el Informe Motivado, teniendo en cuenta las particularidades específicas de cada uno de los EPP, de acuerdo con el **MINSALUD**, estos pueden ser clasificados en las siguientes tres categorías, a saber:

1. *Protectores faciales respiratorios*: Elementos respiradores con máscara filtrante certificados para eliminar las partículas y otros cuerpos extraños que pueden estar en el aire. Los tapabocas desechables N95-P100 o reutilizables, como los media cara y cara completa, son ejemplos de elementos de protección respiratoria que protegen a los seres humanos ante gases, vapores y partículas.
2. *Protección visual*: Elementos de protección ocular como monogafas, gafas y cartas desechables que cubren completamente el frente y los dos lados de la cara. Dentro de los elementos de protección visual comúnmente utilizados se destacan los anteojos sin protección lateral, anteojos con una protección, monogafas de seguridad con ventilación indirecta, monogafas de seguridad con ventilación directa y anteojos de seguridad tipo copa o soldador.
3. *Protección corporal*: Elementos de protección del cuerpo mediante el uso de ropa o bata de aislamiento impermeable, los cuales evitan la transferencia de patógenos al cuerpo.

Ahora bien, y más concretamente, a partir de dos cotizaciones del 6 y 12 de abril de 2020, respectivamente, la Delegatura inició la investigación administrativa objeto de análisis con el propósito de establecer si **INMADICA** incurrió en un comportamiento o práctica tendiente a determinar y mantener precios inequitativos en siete referencias de EPP. Las siete referencias identificadas corresponden a:

- i. SF401AF: GAFAS SECUREFIT 3M
- ii. 201801160452: CARETA DE PROTECCIÓN FACIAL
- iii. 7502-3M: PIEZA FACIAL MEDIA CARA
- iv. 7093B-3M: FILTROS
- v. QC127SLY: TRAJE DE PROTECCIÓN TYCHEM
- vi. 6800-3M: PIEZA FACIAL CARA COMPLETA
- vii. SL127BWH: OVEROL TYVEK SANAREX

En este orden de ideas, el mercado producto presuntamente afectado corresponde a los **EPP** tales como gafas de seguridad, caretas de protección facial, máscaras de protección con filtro y trajes de protección corporal, los cuales, de acuerdo con lo descrito en el Informe Motivado, son fabricados en el exterior e importados y distribuidos, en Colombia, a través de filiales del fabricante y/o de distribuidores autorizados independientes.

Ahora bien, teniendo en cuenta el material probatorio que obra en el Expediente, este Despacho centrará su análisis en el eslabón de comercialización de los mencionados EPP, esto es, en la relación existente entre distribuidores y consumidores intermedios y/o finales.

8.5.1.1.2. Análisis de sustituibilidad de la demanda

Desde 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 de COVID-19, los EPP objeto de análisis no tienen sustitutos cercanos. En efecto, teniendo en cuenta las características de calidad exigidas por las autoridades competentes, con el fin de mitigar la propagación del virus, ningún otro bien podría sustituirlos.

8.5.1.1.3. Análisis de sustituibilidad de la oferta

Por su parte, desde la sustituibilidad de la oferta, el eslabón de comercialización de este tipo de EPP está conformado por un número indeterminado de agentes de mercado que incluye tanto personas naturales como jurídicas, los cuales venden sus productos a mayoristas, minoristas y/o consumidores finales a través de distintos canales. Al respecto, si bien es cierto que las características de este

“Por la cual se archiva una investigación”

mercado de producto relevante no permiten determinar con exactitud el número de competidores en el eslabón de comercialización, con base en la información que obra en el Expediente, este Despacho tomará en consideración lo aportado por **3M COLOMBIA**. Ello, toda vez que, al ser este último uno de los principales fabricantes, su información resultará útil, a efectos de tener una aproximación al tamaño del mercado de EPP en Colombia.

Sobre el particular, **VALERIA FRIGERI MORALES**, representante legal de **3M COLOMBIA**, afirmó, ante esta Superintendencia que dicha empresa fabrica sus productos en el extranjero para ser posteriormente distribuidos en el país a través de una amplia red de distribuidores.

“DELEGATURA: ¿cuál es el número de distribuidores que tiene **3M** en Colombia?

VALERIA FRIGERI MORALES: No, no sé el número exacto. Pero pues digamos, es un número alto, pero no le sé decir el número exacto²⁰³.

Ahora bien, entre los distribuidores de **3M COLOMBIA** se encuentra **INMADICA**, empresa constituida legalmente en Colombia en 2006, con domicilio principal en Cota (Cundinamarca) y cuya actividad comercial consiste en la comercialización de EPP y el desarrollo de soluciones para el campo de la seguridad industrial y salud ocupacional en el país. Esta empresa figura como distribuidor autorizado de **3M COLOMBIA**, **DUPONT** y **STEELPRO**, entre otros²⁰⁴.

Así las cosas, tal y como se resume en la Tabla No. 4 a continuación, este Despacho encontró que durante el periodo investigado, esto es, entre marzo y mayo de 2020, compitieron en el país varios distribuidores de los productos fabricados por **3M COLOMBIA**.

Tabla No. 4. Distribuidores de EPP de 3M COLOMBIA y participación de INMADICA en ventas

EPP vendidos por 3M a INMADICA durante el periodo investigado	Participación INMADICA en ventas de 3M Colombia	No. De compradores de 3M Colombia diferentes a INMADICA	No. De compradores con mayor participación que INMADICA en ventas de 3M Colombia
Gafas Securefit 3M (SF401AF) *	5,19%	12	5
Pieza facial media cara (7502-3M) **	1,19%	13	13
Filtros 3M (7093B-3M) **	2,78%	10	8
Máscara completa 3M (6800-3M) **	3,95%	9	6

* Entre enero 1 y abril 21 de 2020

** Entre marzo 1 y abril 21 de 2020

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

La Tabla No. 4 muestra que **INMADICA** no era el único comercializador de EPP del fabricante **3M COLOMBIA** en el mercado producto relevante, y que, por el contrario, su participación en ventas de los diferentes productos era relativamente pequeña. En efecto, por tan solo citar un ejemplo, del total de despachos de Gafas Securefit 3M vendidas por **3M COLOMBIA** entre enero 1 y abril 21 de 2020, **INMADICA** sólo adquirió el **5,19%**, y de las doce empresas adicionales que también compraron este producto a **3M COLOMBIA**, cinco empresas compraron más de lo que compró **INMADICA**. Lo anterior, permite inferir que, para este tipo de EPP provenientes de **3M COLOMBIA**, tanto los consumidores intermediarios como finales tuvieron la oportunidad de acudir a un número mayor de empresas adicionales al agente económico investigado.

²⁰³ Archivo “56.F.245 Declaración de VALERIA FRIGERI (2020-08-28 at 07_06 GMT-7).mp4” de la carpeta RESERVADO SIC, contenida en el Drive del Expediente. Min. 29:06.

²⁰⁴ Registro Mercantil y Certificado de Existencia y Representación legal de **INMADICA**. Consultado en Registro Único Empresarial y Social-RUES.

"Por la cual se archiva una investigación"

Esto resulta ser aún más evidente en el caso de la pieza fácil media cara, los filtros y la máscara completa, en donde las compras de **INMADICA** a **3M COLOMBIA** oscilaron entre el **1,19%** y el **3,95%** de las ventas totales efectuadas.

De hecho, a propósito de lo anteriormente mencionado, el gerente de ventas de **INMADICA**, **LEONARDO FABIO MORENO**, señaló en su declaración ante esta Superintendencia que, actualmente son "miles" los distribuidores de EPP con presencia en el país que realizan la comercialización de dichos bienes:

"APODERADO INMADICA: Ahora, nos puede contar un poquito del mercado producto EPP en el que participa INMADICA. Quiénes son sus principales competidores, quienes son los más grandes del mercado, etc.

LEONARDO FABIO MORENO: El mercado de elementos de protección personal es un mercado muy atomizado. Es decir, hay miles de empresas vendiendo elementos de protección personal. ¿No? Y eso...las grandes marcas y muchas...muchos representantes de afuera del país lo dicen. Es un mercado complejo ¿no? Entre las grandes yo creo que está INMADICA ¿no? Digamos, distribuidores o aliados de 3M hay más de 50. De STEELPRO hay más de 50. De DUPONT, pensaría yo que es dónde hay menos, pero hay alrededor de 20 ¿no? Aunque, yo le digo que son...INMADICA puede estar en una de las más grandes, tenemos tres competidores que son mucho más grandes que nosotros. Uno de ellos es SUMATEC, el otro es EMPAQUETADURAS Y EMPAQUES y el otro es SOLMAQ. ¿Por qué son mucho más grandes que nosotros? Yo tengo, como le mencioné 12 asesores, SUMATEC y EMPAQUETADURAS tienen cercanos a los 180 asesores y SOLMAQ tiene 50 asesores. Entonces ahí la diferencia. Digamos la característica con que yo describiría al sector de comercialización de elementos de protección personal es que son miles vendiendo. Hay gran cantidad de empresas vendiendo. Tan solo uno va a la avenida 68 hay alrededor de 100 negocios que venden dotación y elementos de protección personal en un sector de 8 cuadras"²⁰⁵.

Por lo anterior, es posible concluir, que existen varios agentes económicos que participan en el mercado de comercialización de los EPP objeto de análisis, siendo **INMADICA** uno de ellos y el cual, incluso, ostentaba una baja participación de mercado.

8.5.1.1.4. Barreras de entrada

En cuanto al análisis de barreras de entrada, de acuerdo con lo señalado por **LEONARDO FABIO MORENO**, gerente de ventas de **INMADICA**, el mercado de comercialización de EPP se caracteriza por una alta flexibilidad en la entrada y salida de agentes del mercado. Esto, toda vez que, para competir en él basta con contar con un proveedor nacional o internacional de EPP²⁰⁶. A manera ilustrativa, tal y como lo precisa la Cámara de Dispositivos Médicos e Insumos para la Salud de la ANDI²⁰⁷, en respuesta a la emergencia sanitaria, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA declaró, como vitales, algunos EPP²⁰⁸, autorizando, por ello, su comercialización y fabricación cumpliendo ciertos requisitos mínimos sanitarios²⁰⁹. En consecuencia, en el caso de tapabocas y mascarillas de protección, el país cuenta con 144 registros sanitarios vigentes, de los cuales 70 son para fabricación y venta, y 74 para importación y venta, situación que contrasta con lo observado en diciembre de 2019, cuando solo se contaba con 32 registros sanitarios para este tipo de EPP²¹⁰.

²⁰⁵ Archivo "56.F.243 Declaración de LEONARDO MORENO (2020-08-26 at 07_04 GMT-7).mp4" de la carpeta RESERVADO SIC, contenida en el Drive del Expediente. Min. 0:39:07.

²⁰⁶ Archivo "56.F.243 Declaración de LEONARDO MORENO (2020-08-26 at 07_04 GMT-7).mp4" de la carpeta RESERVADO SIC, contenida en el Drive del Expediente. Min. 00:05:37 a 00:16:33 y 00:39:12 a 00:43:20.

²⁰⁷ Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI. "Informe de Mercado - Tapabocas en Colombia", febrero 2021. Disponible en: <http://www.andi.com.co/Home/Camara/8-dispositivos-medicos-e-insumos-para-la-salud>

²⁰⁸ Ibídem. "Productos relacionados con la prevención, diagnóstico y tratamiento del COVID-19". P. 3

²⁰⁹ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución No. 522 de marzo de 2020.

²¹⁰ Asociación Nacional de Empresarios de Colombia -ANDI. "Informe de Mercado - Tapabocas en Colombia", febrero 2021. P. 6. Disponible en: <http://www.andi.com.co/Home/Camara/8-dispositivos-medicos-e-insumos-para-la-salu>

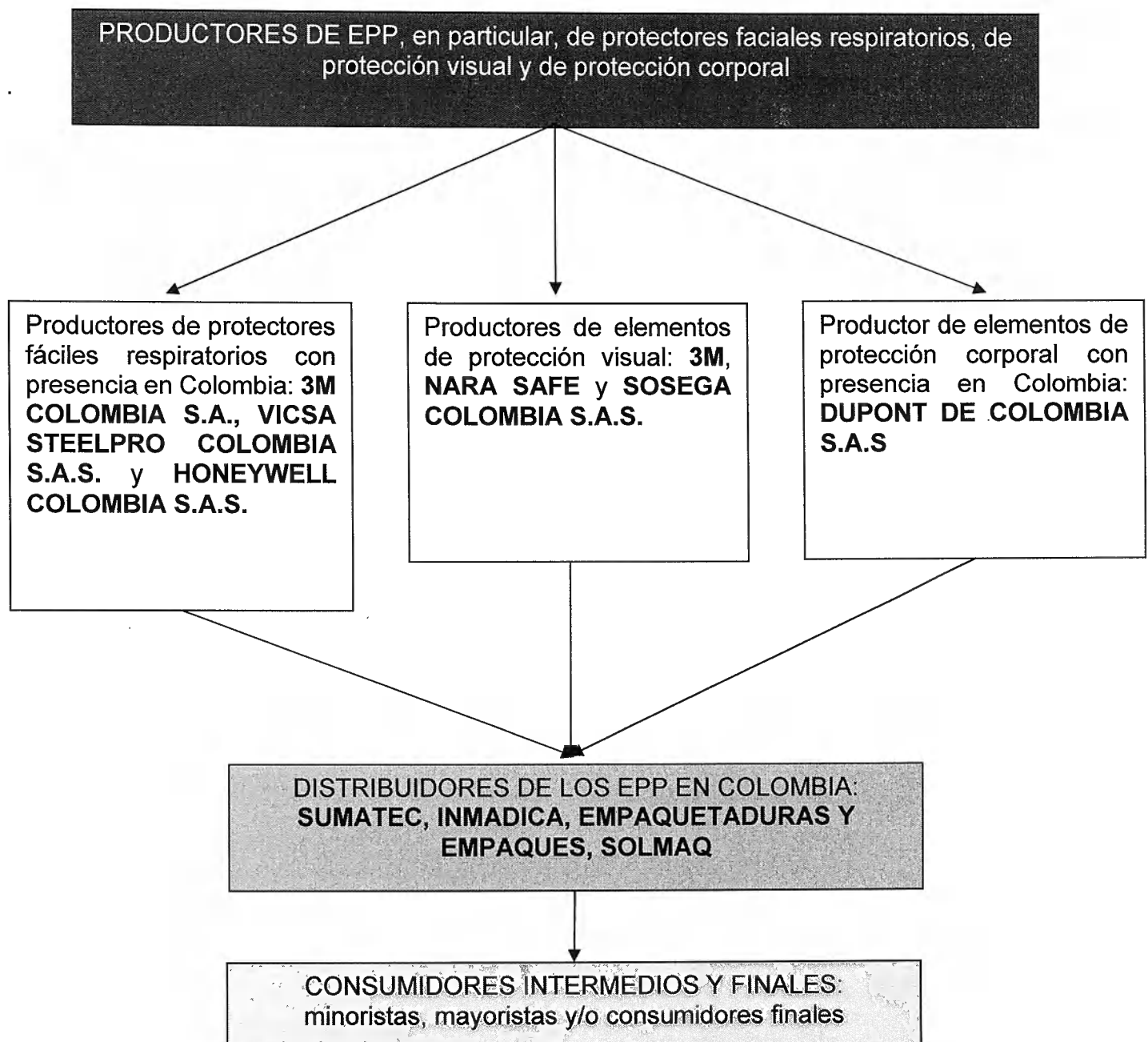
“Por la cual se archiva una investigación”

8.5.1.1.5. Caracterización de la demanda final

Finalmente, debe precisarse que, teniendo en cuenta que las medidas adoptadas en materia de protocolos de bioseguridad tuvieron como destinatarios al conjunto de la población y, especialmente, durante el periodo investigado, a las personas e instituciones pertenecientes al sector salud, estos se constituyen como los consumidores finales y/o intermedios de los productos objeto de análisis.

La Ilustración No. 1 resume los agentes económicos principales, los cuales, en el agregado, conforman la cadena de valor del mercado producto relevante.

Ilustración No. 1. Cadena de valor del mercado producto relevante y sus correspondientes agentes económicos principales



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

8.5.1.1.6. Mercado geográfico presuntamente afectado

Pese a las restricciones de movilidad decretadas por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria durante el periodo investigado, dentro de las medidas que garantizaran el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, se permitió, entre otras, (i) la cadena de producción, abastecimiento, almacenamiento, transporte, comercialización y distribución de medicamentos, productos farmacéuticos, insumos, productos de limpieza, desinfección y aseo

“Por la cual se archiva una investigación”

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: (i) insumos para producir bienes de primera necesidad; (ii) bienes de primera necesidad -alimentos, bebidas, medicamentos, dispositivos médicos, aseo, limpieza de ordinario consumo en la población-, (iii) 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 bienes²¹¹.

Con esto en mente, dado que las restricciones de producción, transporte, comercialización y distribución fueron menos estrictas, acaso nulas, para los medicamentos, productos farmacéuticos y dispositivos médicos, incluyendo los EPP, la comercialización de los bienes en mención no fue exclusivo a una zona del país.

Al respecto, **VALERIA FRIGUERI MORALES**, representante legal de **3M COLOMBIA**, precisó:

“DELEGATURA: Usted nos puede contar en qué regiones del país 3M realiza ventas directas

VALERIA FRIGUERI MORALES: Nosotros tenemos presencia a nivel nacional. Tenemos distribuidores a nivel nacional. *Con lo cual la cobertura es Nacional, nosotros, como le digo, tenemos algunos clientes directos y esos pueden estar en distintas ciudades del país. Entonces no lo decidimos por un tema de zonas sino es un tema más de cómo los mercados, cómo los mercados funcionan y lo que los mercados requieren”*²¹².

Asimismo, se comprobó que existieron otros agentes de mercado, ubicados en distintas ciudades del país, capaces de vender EPP en Bogotá D.C. Incluso, se demostró que **INMADICA** abasteció en diferentes regiones del país, tal y como se precisa en el Informe Motivado:

*“para prevenir que los clientes se acercaran a las instalaciones de la empresa, todos los pedidos, sin excepción, debían ser enviados al domicilio del cliente”*²¹³.

De hecho, de acuerdo con información que obra en el Expediente²¹⁴, si bien es cierto que Bogotá D.C. concentró las ventas de **INMADICA**, en 2019 el agente investigado habría vendido distintos EPP a clientes domiciliados en 14 departamentos del país. Por su parte, en 2020, estas ventas habrían llegado a clientes con domicilio en 19 departamentos de Colombia, esto es, a cerca del 60% del territorio nacional.

Por lo anterior, este Despacho concluye que, el mercado geográfico relevante es nacional por cuanto los consumidores, tanto intermedios como finales, tuvieron la posibilidad de adquirir los EPP tanto en su ciudad de origen como en otras, no necesariamente adyacentes.

8.5.1.2. Conclusión del mercado relevante

Por todo lo anterior y, en conclusión, para este Despacho el mercado relevante presuntamente afectado en el presente caso corresponde a la comercialización de los **EPP** y, específicamente, de las gafas de seguridad, caretas de protección facial, máscaras de protección con filtro y trajes de protección corporal en el territorio nacional.

En virtud de lo expuesto, 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.

²¹¹ 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.

²¹² Archivo “56.F.245 Declaración de VALERIA FRIGERI (2020-08-28 at 07_06 GMT-7).mp4” de la carpeta RESERVADO SIC, contenida en el Drive del Expediente. Min. 29:06.

²¹³ Archivo “86. Informe_Motivado_caso_Inmadica V. Pública.pdf” contenido en el Drive del Expediente.P. 44.

²¹⁴ Archivo “71.20086232-0004900000 Pruebas allegadas por INMADICA” contenido en el Drive del Expediente.

“Por la cual se archiva una investigación”

8.5.2. Análisis de la presunta práctica restrictiva de la competencia

Establecido lo anterior, pasará el Despacho a analizar, con base en los elementos de prueba que obran en el Expediente, la presunta práctica restrictiva de la competencia, a la luz de los criterios establecidos anteriormente en la sección 8.4.4. de la presente Resolución.

Así, debe recordarse, que, en primer lugar, se deberán evaluar los criterios que buscan establecer si la empresa investigada ostenta una alta participación de mercado, si existen altas barreras de entrada, así como identificar la presencia de diferentes factores endógenos y exógenos que tengan incidencia en la demanda y oferta del bien y/o servicio prestado.

Al respecto, tal y como se precisó en la sección 8.5.1.1. del presente acto administrativo, el mercado relevante presuntamente afectado corresponde a la comercialización de los EPP, específicamente, de las gafas de seguridad, caretas de protección facial, máscaras de protección con filtro y trajes de protección corporal en el territorio nacional. Del análisis realizado anteriormente, fue posible concluir que **INMADICA** ostentó, durante el periodo investigado una baja participación en el mismo.

Por su parte, derivado del análisis realizado se determinó la incidencia de factores exógenos sobre la demanda y oferta. En efecto, durante el periodo objeto de análisis, la demanda de estos bienes experimentó un importante crecimiento, toda vez que, con ocasión de la emergencia sanitaria, las medidas implementadas exigieron la utilización de los bienes en mención. En este sentido, a efectos de suplir esta demanda, la oferta, a su vez, experimentó importantes cambios ante el choque exógeno. A manera ilustrativa, por tan solo citar un ejemplo, tal y como lo precisa la **ANDI**, en el primer semestre de 2019, Colombia importó cerca de USD 4,2 millones en mascarillas de protección, mientras que, en el mismo periodo de 2020, estas importaciones alcanzaron los USD 142 millones²¹⁵. Lo anterior, indica que el valor de las importaciones de mascarillas de protección se multiplicó por 34. Ahora, si bien es cierto que este incremento puede ser el resultado de mayores precios del bien, no debe desconocerse que en el mercado de fabricación y comercialización llegaron nuevos agentes o los ya existentes aumentaron su producción.

Finalmente, es de precisar que, tal y como reposa en el Informe Motivado, los consumidores intermedios y/o finales tuvieron distintas opciones de elección para adquirir los productos relevantes, al menos, en el caso de cuatro (4) de los siete (7) EPP. Lo anterior, de acuerdo con la oferta disponible, medida a partir de los principales clientes (distribuidores) de **3M COLOMBIA**²¹⁶ durante el periodo de investigación. En paralelo, considerando que la mayoría de los EPP no fueron adquiridos por los consumidores intermedios y/o finales de **INMADICA**, esto sugiere, por un lado, que estos tenían otras alternativas efectivas y, por el otro, que no existió una efectiva afectación a su bienestar económico, esto es, algún tipo de efecto explotativo.

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 **INMADICA**, toda vez que el mercado aparentemente afectado no evidenció 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 ni efectivas afectaciones al bienestar de los consumidores. Por este motivo, la intervención de la Autoridad de Competencia sería injustificado.

Ahora bien, y a pesar de que lo anterior sería suficiente para concluir la inexistencia de la práctica anticompetitiva, este Despacho pudo determinar que tampoco existen suficientes elementos para dar por cumplidos los criterios que determinan si el precio impuesto por **INMADICA** tiene o no el carácter de inequitativo.

Al respecto, a efectos de realizar un análisis del comportamiento de los precios globales de cada kit de EPP comercializado por **INMADICA**, la Delegatura realizó una aproximación cuantitativa mediante

²¹⁵ Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI. “Informe de Mercado - Tapabocas en Colombia”, febrero 2021. P. 8. Disponible en: <http://www.andi.com.co/Home/Camara/8-dispositivos-medicos-e-insumos-para-la-salud>.

²¹⁶ Ver Tabla No. 4 de la presente Resolución.

“Por la cual se archiva una investigación”

la cual estableció el precio ponderado mensual por kit, así como la suma de los precios ponderados de cada una de las referencias cotizadas.

Como resultado del análisis, la Delegatura concluyó en su Informe Motivado que, por un lado, los precios de las cotizaciones del 6 y 12 de abril de 2020 fueron superiores a los precios ponderados globales por kit y, por el otro, que los precios efectivamente facturados por **INMADICA** a sus clientes fueron inferiores a los precios cotizados.

En simultáneo, la Delegatura realizó un análisis del comportamiento de los precios de cada una de las referencias identificadas en las cotizaciones del 6 y 12 de abril de 2020, esto es, de las gafas securefit 3M (SF401AF), la careta de protección facial (20181160452), la pieza facial media cara (7502-3M), los filtros 3M (7093B-3M), el traje de protección Tychem (QC127SLY), la máscara completa 3M (6800-#M) y el traje overol Tyvek Sanarex (SL127BWH). Dicho análisis dio cuenta de que los precios de venta de las referencias en mención nunca alcanzaron el nivel de precio cotizado el 6 y el 12 de abril de 2020, con excepción de la referencia QC127SLY el cual alcanzó apenas el precio cotizado el 6 de abril de 2020 y la referencia SL127BWH que, en marzo, sobrepasó ligeramente el nivel de precio cotizado el 6 de abril de 2020.

Por todo lo anterior, y ante la ausencia de elementos o información que den cuenta de un análisis exhaustivo relacionado con el carácter excesivo o inequitativo del precio (criterios 6 y 7, detallados en la sección 8.4.4.1 del presente Acto Administrativo), sumado al análisis de las series de tiempo de cada una de las referencias correspondientes al mercado relevante, el contexto en el cual se inscribe dicho ejercicio y considerando que no se trató de ventas efectivas si no en cotizaciones que, por su naturaleza, no implicaron una efectiva afectación el bienestar económico, este Despacho concluye que no existen argumentos suficientes para concluir que **INMADICA** incurrió en la práctica restrictiva de la competencia objeto del presente acto administrativo.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE

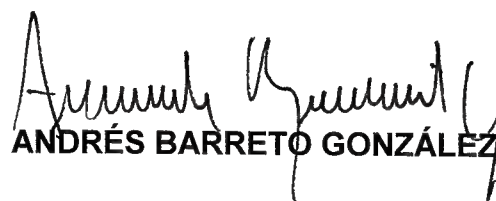
ARTÍCULO PRIMERO: ARCHIVAR la investigación iniciada contra **INMADICA ANDINA S.A.**, identificada con el NIT. 900.086.174-7, por los motivos expuestos en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **INMADICA ANDINA S.A.**, identificada con el NIT. 900.086.174-7, entregándole copia de la misma e informándole 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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los 11 OCT 2021

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

“Por la cual se archiva una investigación”

NOTIFICAR:

INMADICA ANDINA S.A.

NIT: 900.086.174-7

Apoderado

CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR

C.C. 79.941.943

T.P. 124.094 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 73-55, oficina 1001

Bogotá D.C.

pablo@marquezbarrera.com