



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 53309 DE 2012

(04 SEP 2012)

Radicación: 07-136989

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de la conferida por el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹ y en concordancia con los artículos 50, 51 y 59 del Código Contencioso Administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010², mediante Resolución No. 40912 del 28 de junio de 2012, el Superintendente de Industria y Comercio decidió imponer a la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS – FEDEGÁN (en adelante "FEDEGÁN") una sanción pecuniaria de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MCT (\$300.000.000.00), por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de Ley 155 de 1959 y los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que la Resolución No. 40912 de 2012 fue notificada de forma personal al Apoderado de FEDEGÁN el 11 de julio de 2012. Igualmente el día 6 de julio de 2012, se notificó personalmente al Apoderado de la empresa LAVERLAM S.A. (en adelante "LAVERLAM" en su calidad de tercero reconocido en el trámite, quien dentro del término previsto para el efecto, no presentó recurso alguno en contra de la decisión contenida en la Resolución 40912 del 28 junio de 2012.

TERCERO: Que el 17 de julio, encontrándose dentro del término legal, a través de documento radicado con el número 07-136989-00251-000 el Apoderado de FEDEGÁN presentó recurso de reposición en contra de la Resolución No. 40912 de 2012 cuyo sustento se basó en los siguientes argumentos:

El Apoderado estructura el documento presentado en cuatro bloques principales. En primer lugar, se hace referencia a una supuesta violación al debido proceso por ausencia del cargo que dio origen a la sanción de una manera clara, precisa y concreta. En segunda instancia, se presentan argumentos frente a la discriminación sancionada, para luego exponer aquellos relacionados con la prohibición general. Finalmente, se efectúa un análisis sobre los efectos de la conducta reprochada y la

¹ Mediante el cual se derogan algunas disposiciones del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Ibidem.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

ausencia de sentido económico, en opinión del Recurrente, de la decisión tomada. A continuación, se realizará un resumen de cada uno de los bloques referidos y entrará en cada caso el Despacho a pronunciarse sobre los argumentos presentados.

3.1. VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR AUSENCIA DE FORMULACIÓN DEL CARGO QUE DIO ORIGEN A LA SANCIÓN DE MANERA CLARA, PRECISA Y CONCRETA

El Apoderado inicia su argumentación haciendo referencia al Principio Constitucional del Debido Proceso comprendido por los derechos de defensa y contradicción, cuya vulneración en su criterio, genera una nulidad absoluta. También acude a jurisprudencia de la Corte Constitucional para resaltar la importancia de la protección del mencionado principio y específicamente a la necesidad de que haya claridad y concreción de los cargos como elemento fundamental de la garantía del derecho de defensa. Concluye frente al punto que (...) *si el investigado no conoce los hechos concretos que se le imputan y las razones por las cuales esos hechos concretos que supuestamente vulneran las normas supuestamente infringidas, no se puede ejercer su derecho de defensa y contradicción*".

Se realiza inicialmente una descripción puntual de las razones por las cuales se consideró la existencia de una infracción al régimen de protección de la competencia por parte de esta Entidad, haciendo referencia a la conclusión sobre discriminación, obstrucción y prohibición general en donde se terminó considerando que la conducta origen de sanción fue la decisión de FEDEGAN de no comprar vacuna anti aftosa con cepa importada. De manera posterior, se hace referencia a las razones que sustentaron la apertura de investigación en el caso para concluir que las pruebas y estructura de defensa planteadas desde un inicio se referían a aquellos hechos y situaciones plasmadas en el acto inicial del trámite en las que, de acuerdo con el Apoderado, no se incluía la decisión de no comprar vacunas con antígeno importado. El argumento en cuestión se concretó de la siguiente forma:

"No existe, en consecuencia, correspondencia entre las conductas concretas que dieron origen a la investigación que se notificó a mis representados para solicitar y aportar las pruebas que pretendían hacer valer, y la conducta por la cual se le impone una sanción pecuniaria, lo que implicó que mi representada no estuviera en posición de asumir el proceso dialéctico signado por la discusión de argumentos y contra argumentos ponderados entre sí, en el que se sopesen los aspectos inculpatorios y los exculpatorios para arribar a una decisión racional".

Alega que en su momento se presentaron y aportaron pruebas dirigidas a demostrar que la inexistencia de las conductas contenidas en la apertura de investigación y no a aquella relacionada con la decisión de no comprar vacuna con antígeno importado. En su concepto, sus representados no tuvieron la oportunidad de informarse y consecuentemente estructurar sus argumentos de defensa, vulnerándose así el debido proceso.

No comparte este Despacho la posición planteada por el Recurrente, pues con la misma se desconoce de manera equivocada la naturaleza de las investigaciones que se llevan a cabo por parte de esta Entidad en materia de prácticas comerciales.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

restrictivas de la competencia. Se confunde una supuesta vulneración al debido proceso, con la posibilidad que tiene el funcionario investigador de recaudar y analizar pruebas posteriores a la apertura de investigación y el Superintendente de interpretar la existencia o no de una conducta con base en los hechos probados en el trámite.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que las averiguaciones preliminares adelantadas en investigaciones sobre prácticas comerciales restrictivas están dirigidas a esclarecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si una conducta particular corresponde o no a un comportamiento anticompetitivo. Así, dichas averiguaciones buscan principalmente esclarecer dudas sobre quién lleva a cabo la conducta, los agentes en el mercado, y la posible ocurrencia de la conducta reprochable.

Habiendo agotado esta etapa, en presencia de algunas pruebas que sugieran que una conducta anticompetitiva ha tenido lugar, se expide la resolución de apertura de investigación correspondiente, en la que se determina cuáles serán las conductas a investigar. Dicha apertura, sin embargo, no es el escenario para establecer de manera rígida y exhaustiva todos los hechos que deban ser analizados por la Entidad para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva. Serán los elementos recaudados durante la investigación los que permitan establecer los hechos que deban ser analizados para determinar la existencia o no de la conducta anticompetitiva.

Por lo tanto, contrario a lo pretendido por el Recurrente, no es posible dejar de tener en cuenta hechos nuevos que pueden surgir de las pruebas que se practican dentro del trámite correspondiente. De aceptar la posición planteada, se deberían rechazar de antemano las pruebas que pueden practicarse durante la etapa de investigación. Lo que sí condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben practicarse en el curso de la investigación y de los hechos que deben analizarse, es el cargo o cargos sobre conductas restrictivas de la competencia a que se refiere el acto de apertura. En efecto, las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las razones que motivaron la apertura, pero también pueden evidenciar hechos nuevos que están relacionados con las presuntas normas violadas según la apertura de investigación y concretos que formen parte de la conducta relacionada con los cargos formulados.

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

Esas oportunidades se garantizaron en el caso objeto de estudio, pues los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes, tanto sobre la evidencia que obraba en el expediente y la

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

que se iba incorporando al mismo, como respecto de lo afirmado en el Informe Motivado.

Por lo expuesto, la violación al debido proceso y al derecho de defensa alegada por la sancionada resulta infundada, en la medida que se acredita con las pruebas del expediente que la actuación fue adelantada conforme al procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 para este tipo de infracciones, brindando todas las garantías constitucionales y legales.

Con todo, aun si se considerara que los hechos que se analizan en la decisión final deben ser exactamente los mismos que se mencionan en la resolución de apertura, también resulta equivocado el argumento planteado por el Recurrente en relación con una supuesta imposibilidad de defensa basada en una incongruencia entre las interpretaciones plasmadas en la apertura de investigación y la decisión final. Se trata por el contrario de un argumento débil que busca desdibujar la existencia de un hilo conductor durante toda la actuación llevada a cabo por esta Superintendencia. Como se mostrará a continuación, contrario a lo manifestado en el recuso presentado, desde la apertura de investigación se consideró como uno de los hechos a indagar el no acceder a la compra de vacunas provenientes del extranjero.

En efecto, en la Resolución No. 56800 de 2009, fue clara la Delegatura para la Protección de la Competencia en señalar que el objeto de la investigación sería el de determinar si las decisiones de compra de FEDEGÁN podrían ser consideradas como discriminatorias. Al respecto se dijo:

"En la queja se afirma que FEDEGAN ha decidido de forma caprichosa la cantidad de dosis que compra a cada laboratorio estableciendo que la mayoría debe ser comprada a VECOL. Esto implicaría que la política de compras es discriminatoria respecto de los otros productores de la vacuna; a saber, LAVERLAM y LIMOR. Frente a esta afirmación es necesario determinar si FEDEGAN tiene la facultad legal de determinar las cantidades que puede vender cada laboratorio. Además, se debe verificar si las decisiones de compra de FEDEGAN, en principio, podrían ser consideradas como discriminatorias.

(...)

A juicio de la Delegatura existen indicios que conducen a pensar que FEDEGAN se ha reservado la facultad de tomar ciertas decisiones fundamentales para el mercado sin tener pleno respaldo para ello, como por ejemplo quién debe vender, a donde se debe vender y qué cantidad. (...)
(Subrayado fuera de texto)

Contrario a lo que quiere mostrarse en el recurso presentado, desde el inicio de la investigación se encuadró la posible infracción en lo que podría ser una discriminación en la forma en que fueron tomadas las decisiones de compra de la investigada. En otras palabras, precisamente se realizó la apertura respectiva para corroborar la existencia de la mencionada conducta, la cual luego del recaudo probatorio en opinión de este Despacho se concretó con la no compra de la vacuna con antígeno importado en razón a su procedencia.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

De igual forma, en el Informe Motivado elaborado por la Delegatura fueron más que claros los argumentos respecto a la discriminación aplicada por parte de la investigada, describiéndose una a una las pruebas que la soportaban y que fueron debidamente allegadas al expediente. En dicho documento se manifestó entre otras cosas:

"(...) En el caso en estudio, la calidad de gremio cúpula de la ganadería y de miembro de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa³ que ostenta FEDEGAN, le proporciona una importante ventaja en términos de acceso oportuno y de primera mano, a información de relevancia para el funcionamiento del mercado, así como la capacidad para incidir en la toma de decisiones. Por lo tanto, esta ventaja de información incrementa su capacidad para comportarse de forma estratégica e impedir o dificultar aún más la entrada de un competidor.

De hecho, esta se ha visto patente en la posibilidad de FEDEGAN para sacar del mercado a competidores en el mercado afectado, donde si bien no participa, si ejerce poder de mercado. Tal como se demostrará más adelante en este Informe, FEDEGAN ha intentado utilizar la Comisión para impedir la participación de laboratorios que vendan vacuna importada o que utilicen antígenos importados y formulen en nuestro país, aduciendo supuestos riesgos para el Programa". (Subrayado fuera de texto)

Posteriormente, en el mismo documento se señaló:

"No obstante la autorización y las reiteradas expresiones del ICA en el sentido de que la importación del antígeno inactivado es permitida y representa un riesgo insignificante, FEDEGAN impuso restricciones técnicas y comerciales para preferir a las vacunas de producción 100% nacional y en particular al laboratorio VECOL"⁴.

Finalmente, la Delegatura concluyó sobre este punto que *"En el caso sub examine, queda claro que FEDEGAN impuso restricciones anti-técnicas para la compra de vacuna con antígeno inactivado importado. Esta restricción podría ser una barrera para la permanencia en el mercado de un competidor"⁵.*

Si bien es cierto que para la Delegatura la restricción impuesta por el origen de la cepa resultaba anticompetitiva en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y no de lo señalado en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, también lo es que el Despacho tiene la facultad de apartarse de la recomendación contenida en el Informe Motivado, lo cual en el presente caso se hizo, aunque parcialmente. Vale mencionar que contrario a lo insinuado por el Recurrente, no hubo ningún desconocimiento al marco normativo sobre el cual versaba la actuación, así como

³ Ley 395 de 1997. Artículo 4. DE LA COMISION NACIONAL. Créase la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa como organismo de carácter consultivo y asesor del Gobierno Nacional, conformado por:

(...) c) El Presidente de Fedegan;

⁴ Página 64 del Informe Motivado.

⁵ Página 66 del Informe Motivado.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

tampoco a la estructura misma de la infracción que se investigaba. Lo que se presentó fue una diferencia en la interpretación de la conducta anticompetitiva realizada, basada en el momento en que se realizó la discriminación.

En otras palabras, a pesar de querer mostrar un desconocimiento sobre el hecho que condujo a la sanción y a raíz de esto una violación al derecho de defensa, lo cierto es que las investigadas conocieron en todo momento que el no haber comprado vacuna con antígeno importado podía constituir una conducta anticompetitiva y así lo hicieron ver en sus opiniones al Informe Motivado cuando se manifestó:

"La Superintendencia incurre en una inferencia equivocada, al considerar que porque las vacunas de los tres laboratorios contaban con la aprobación del ICA y, por lo tanto, cumplían con los requisitos técnicos exigidos por la misma, ello implicaba que fueron iguales y tuvieran el mismo grado de calidad. El factor por el cual FEDEGAN adoptó en un momento la decisión de adquirir exclusivamente vacuna de producción local, correspondió a una justificación razonable, la cual, como lo expusiera en su declaración el representante legal de FEDEGAN, citado en el informe motivado, obedeció al riesgo que entrañaban las vacunas importadas con otras cepas de introducir un virus vivo que pudiera tornarse inmune, poniendo en riesgo la ganadería nacional. Como representante legal de FEDEGAN que protege los intereses de los ganaderos, no tenía porque asumir riesgos innecesarios, máxime cuando en sus leal saber y entender el mercado nacional ofrecía productos que no solamente eran de mejor calidad, sino que no soportaban ese riesgo"⁶.

Así las cosas, no se entiende la posición planteada en el recurso interpuesto, cuando durante toda la investigación culminada en el Informe Motivado y por supuesto en la resolución atacada se hizo mención a la discriminación basada en las decisiones de compra y específicamente a aquella basada en el origen del antígeno de las vacunas ofertadas por LAVERLAM. Contrario a la posición del Apoderado, FEDEGÁN tuvo las oportunidades procesales necesarias para controvertir el hecho en cuestión, como efectivamente lo hizo en el documento de opiniones al Informe Motivado.

3.2. FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

Adicionalmente, en opinión del Recurrente, la conducta investigada no se presentó debido a la inexistencia de sus elementos. Se controvierte la posición plasmada en el acto sancionatorio, según la cual las operaciones de VECOL, LAVERLAM y LIMOR son equivalentes.

Para sustentar la afirmación realizada, se hace referencia a los testimonios de los señores Libardo Mojica y Ricardo Camacho en los cuales se señala que las vacunas ofrecidas por LAVERLAM eran diferentes a las demás por contener un antígeno importado y que en general existen vacunas que presentan reacciones de abortos y mortalidad distintas. Para el Recurrente *"La aprobación del ICA lo que implica es que las vacunas de LAVERLAM, al igual que las de VECOL y LIMOR, cumplan con los requisitos técnicos mínimos exigidos por la autoridad sanitaria, pero ello no implica*

⁶ Obrante a Folio 4094 del Cuaderno Público 15 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

que por esta sola circunstancia se pueda afirmar que todas las vacunas aprobadas por el ICA sean equivalentes".

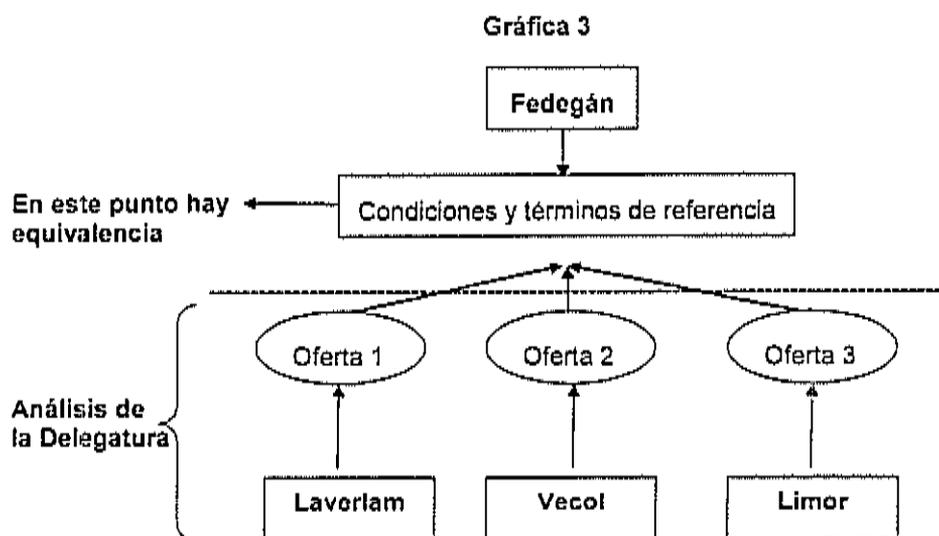
Para el Apoderado, la aprobación realizada por una autoridad sanitaria a un grupo de productos conforme a sus características técnicas, no implica que dichos productos sean equivalentes. Considera además, que no hay pruebas en el expediente que demuestren que las vacunas de los tres laboratorios son idénticas en cuanto a sus características físicas y químicas se refiere, tal y como lo demuestran los testimonios referidos.

Adicionalmente, se afirma en el recurso presentado que aun si se aceptara la equivalencia, no puede afirmarse la existencia de una discriminación ya que FEDEGÁN aplicó la política de no compra de vacunas con antígeno importado de manera general a todos los laboratorios.

Considera este Despacho que los argumentos presentados por el Apoderado parten del supuesto de que el análisis sobre equivalencia propio de la conducta de discriminación, debe partir de las ofertas de los diferentes laboratorios o de una supuesta diferencia técnica entre las vacunas de LAVERLAM y aquellas producidas por VECOL y LIMOR. En relación con la primera, análisis de las ofertas, se desconoce por completo con esta posición la forma en que fue analizada la conducta en la resolución atacada, la cual parte de un momento diferente en cuanto a la aplicación de condiciones discriminatorias se refiere. En relación con la segunda, diferencia técnica, las pruebas a las que se hace referencia en el recurso, como se expone a continuación, no resultan suficientes para determinar lo diferente de las vacunas y, por el contrario, se dejan de lado otras piezas procesales que evidencian la sustituibilidad de las vacunas.

En primera instancia, es importante señalar tal como se dijo en el acto recurrido, que la comparación entre las ofertas realizadas por los diferentes laboratorios no muestra de manera real la discriminación aplicada por FEDEGÁN en contra de la única empresa que importaba antígeno para la producción de sus vacunas. Insiste el Apoderado en que no existían condiciones equivalentes a partir de las cuales se pudiera estructurar la conducta. Por lo tanto y teniendo en cuenta que se trata de una reiteración de argumentos ya esbozados en el escrito de opiniones al informe motivado, a continuación se mostrará nuevamente el esquema planteado en la resolución sancionatoria:

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”



La negación a la compra de vacunas con cepas importadas no es otra cosa que una discriminación aplicada en un eslabón de la cadena de valor que se encuentra ubicado de forma anterior a la presentación misma de las ofertas. Se trata de la generación de una barrera artificial de entrada por parte del agente dominante basada en el origen del producto y no como se pretende hacer ver, en sus calidades técnicas.

Se busca en el recurso presentado justificar la decisión de no compra a LAVERLAM en el hecho de que sus vacunas no eran de igual calidad que las que ofrecían los demás laboratorios en razón al origen del antígeno. Sin embargo, como ya se consideró en la resolución recurrida, los presupuestos de la norma se presentan en el caso pues tanto las condiciones análogas como la discriminación injustificada existieron.

En efecto, a pesar de que LAVERLAM ha insistido en que la decisión de no compra estaba plenamente justificada en argumentos técnicos basados en la seguridad del esquema de vacunación, no existe prueba dentro del expediente que demuestre tal situación. Por el contrario, tal y como se expuso en el acto recurrido la entidad encargada de autorizar el uso y comercialización del producto desde un inicio sostuvo que el producto LAVERLAM era viable en el país, otorgando la respectiva autorización el 1 de noviembre de 2006.

Al respecto, es importante señalar que la verificación que realizó el ICA no consistió en una verificación formal o del cumplimiento de las características mínimas del producto como lo afirma el Recurrente; por el contrario, esta Entidad realizó un análisis técnico y completo que lo llevó a establecer la posibilidad de que la vacuna con cepa importada pudiera ser utilizada en los bovinos colombianos. Es de esta manera como se obtuvo la respectiva autorización por parte del ICA el 1 de noviembre de 2006 en los siguientes términos:

“(…) En cumplimiento de los procedimientos establecidos internamente, esta subgerencia citó el Comité de importaciones del ICA el 23 de octubre de 2006, con el fin de analizar el informe de la Dra. Mariluz Villamil S., Coordinadora del

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Grupo de Regulación de Biológicos Veterinarios del Instituto y del Dr. Gilfredo Darsie, Consultor Internacional en producción de vacuna antiaftosa y en bioseguridad de PANAFTOSA – OP/OMS.

Los citados funcionarios se desplazaron a Buenos Aires (Argentina) del 2 al 6 de octubre de 2006 con el fin de concertar con SENASA, Organismo Oficial que registra y controla las empresas productoras de vacuna antiaftosa, los requerimientos y condiciones técnicas para la posible exportación de antígenos inactivados A₂₄ Cruzeiro, O₁ Campos desde la empresa BIOGENESIS – BAGO ubicada en ese país a la firma LAVERLAM S.A. ubicada en Cali (Colombia), para formulación de vacuna. Así mismo, evaluaron las condiciones técnicas de la empresa BIOGENESIS – BAGÓ, ubicada en Garin, Provincia de Buenos Aires (Argentina) para la posible exportación de los antígenos mencionados.

En consideración a lo anteriormente expuesto y una vez examinada la información presentada, el Comité de importaciones otorgó la viabilidad a la petición realizada por LAVERLAM S.A. (...)"

En similar sentido se pronunciaron dentro de la investigación los técnicos del ICA al señalar que las pruebas que realiza la Entidad le permiten garantizar el uso seguro de la vacuna sin importar la marca o el laboratorio que la produce. Al respecto, ver testimonio de Myriam Luz Gallego Coordinadora Grupo de Control y Erradicación de Riesgos Zoonosarios –ICA, practicado el 23 de agosto de 2010, en el que se indicó lo siguiente:

"Pregunta: ¿Doctora Gallego en términos técnicos existen diferencias entre las vacunas antiaftosa que producen los laboratorios?"

Respuesta: Puedo opinar por la legislación colombiana y que quiero decir, que cuando hay un laboratorio que tiene un registro es porque cumple con las normas que están requeridas para un laboratorio por la legislación colombiana ante el ICA, cuando hay un producto que recibe un registro ese producto cumple con las normas establecidas por las normas colombianas. Cuando un lote de vacuna es presentado y es sometido a pruebas de control de calidad, a todos los lotes de vacuna sin diferenciación de empresa productora se les realiza el mismo proceso de control de calidad y las mismas pruebas. Sin un lote de vacuna pasa las pruebas de control de calidad ante el ICA, el ICA autoriza su uso y aplicación en Colombia de acuerdo a los estándares colombianos y en ese sentido técnicamente no hay diferencia entre la vacuna que produce un laboratorio o el otro, está tan aprobada la una como la otra sin importar la marca". [Subrayas fuera de texto]

"Pregunta: Siguiendo con este punto, ¿Sabe usted si existe algún tipo de diferencia o ventaja técnica o garantía de eficiencia de las vacunas que se producen en Colombia en condiciones de bioseguridad frente al antígeno que se importa?"

Respuesta: El antígeno es parte de la materia prima cuando se importa y la formulación de la vacuna se haría acá en Colombia, en ese sentido el producto final, la vacuna formulada, es sometida exactamente a las mismas pruebas de control de calidad. Así lo hizo creo que con un solo lote el laboratorio

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Laverlam y cuando lo produjo cumplió los mismos controles que el resto de vacuna que se controla en el país. [Negrilla y subrayas fuera de texto]

En similar sentido, la señora Deyanira Barrero Subgerente de Protección Animal – ICA, en testimonio practicado el 5 de octubre de 2010, señaló:

“Pregunta: ¿Existe alguna diferencia entre los tres productos, ellos dicen que cumplen con los estándares de calidad, existe alguna diferencia para que el consumidor diga que tal vacuna es mejor que la otra aparte del tema de calidad?”

Respuesta: Para nosotros como autoridad oficial no, porque las tres vacunas de los tres laboratorios si salen a ser comercializadas es porque han cumplido con el estándar que nosotros exigimos en términos del control de calidad de la vacuna, las vacunas cumplen los requisitos para ser comercializadas.”

Lo anterior es así, en tanto dentro de las funciones del ICA (numeral 3, artículo 6, Decreto 4765 de 2008) se encuentra, entre otras, la de ejercer el control técnico de las importaciones con el fin “de prevenir la introducción de enfermedades y plagas que puedan afectar la agricultura y la ganadería del país”, circunstancia que demuestra que el análisis que realiza la Entidad no puede ser sobre requisitos mínimos que pretende hacerlo ver el Apoderado.

Asimismo, en Sentencia de 2 de septiembre de 2009 Exp. 2007-078, el Juzgado 8 Administrativo de Bogotá confirmó la posición del ICA en el sentido de que “la importación de antígenos inactivos para la producción de la vacuna contra la fiebre Aftosa, no representa un riesgo a los derechos colectivos (...) teniendo en cuenta que su actividad siempre ha estado regulada, controlada y vigilada por el Instituto Colombiano Agrícola – ICA – quien es la autoridad competente en la materia”⁷.

Así, no es cierto como lo afirma el Apoderado que los análisis que realiza el ICA no están relacionados con la calidad de las vacunas; los mismos permiten afirmar sin temor a equivocarse, que una vez esta Entidad imparte su autorización al producto el mercado puede estar tranquilo sobre su uso y los efectos que puede generar. En este sentido se pronunció el Viceministro de Agricultura al seno de la Decimoséptima Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, celebrada el 21 de diciembre de 2006⁸, donde se realizaron entre otras las siguientes afirmaciones:

“(...) El Dr. Fernando Arbeláez Soto, Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural manifestó que la posición del Ministerio y del Gobierno Nacional es clara en relación a que el ICA es una entidad netamente técnica que no puede establecer obstáculos técnicos al comercio, sino que es una Autoridad técnica que trabaja seriamente para lograr el aval de organismos internacionales y de otros gobiernos para la exportación de productos nacionales. Manifestó que una vez escuchado las presentaciones del ICA, considera que el Instituto ha trabajado muy serio y responsablemente en este proceso, y si la importación

⁷Folios 1868 a 1878 del Cuaderno No. 10 del Expediente.

⁸Folios 3477 a 3482 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

de antígenos inactivados de Fiebre Aftosa (A₂₄ Cruzeiro, O₁ Campos), procedentes del Laboratorio Biogénesis – BAGO Argentina, cumple con todas las condiciones requeridas, el Gobierno Nacional no va a hacer nada para impedirlo. Manifestó que considera que el ICA ha sido cuidadoso y cauteloso en el análisis de los riesgos y le solicitó a los asistentes limitar el debate a este contexto.

Insistió en que buscar imponer obstáculos técnicos es completamente inconveniente para el país y que las consecuencias pueden ser retaliaciones de otros gobiernos cerrándoles el comercio a otros productos nacionales. Si el ICA siendo una entidad respetada internacionalmente, no da el aval al SENASA bajo argumentaciones son fundamentadas técnicamente, el SENASA muy seguramente va a cerrarle el mercado a Colombia para productos sensibles como las flores, etc. Insistió a los asistentes del sector privado que deben entender que si el ICA de forma seria ha realizado un estudio técnico que da aval al proceso, el gobierno no puede intervenir de forma contraria.

Comentó que como miembro por varios años de la Junta Directiva de VECOL conoce claramente la situación de esta empresa y entiende su preocupación por las inversiones realizadas a su laboratorio, que el mismo Gobierno es el principal accionista de la empresa, pero que precisamente como miembro del Gobierno entiende que la prioridad del Ministerio y del ICA es la erradicación de la Fiebre Aftosa y no los intereses particulares de la empresa (...) Insistió en aclarar que el Gobierno nunca se comprometió con VECOL ni con ningún otro laboratorio a no autorizar importaciones y negar cualquier opción comercial a otra empresa. Insistió en que no hay y nunca hubo una regla de juego prometida del Gobierno Nacional a VECOL para que esta empresa fundamentara su inversión y que la decisión de invertir altos sumas en el mejoramiento de las condiciones de bioseguridad del laboratorio fue asumida solamente por la empresa (...)"

En otras palabras, las vacunas vendidas por un laboratorio autorizado por el ICA pueden considerarse sustitutas de las vacunas vendidas por otro laboratorio también autorizado. En este sentido, este Despacho considera pertinente señalar que las Autoridades de Competencia cuentan con diferentes herramientas que les permiten concluir si dos productos son o no sustitutos y ninguna de ellas es indispensable para tal efecto. Así las cosas, el hecho de que la Entidad hubiera llegado a la conclusión de que las vacunas son equivalentes sin indicar de manera expresa la utilización de una de estas herramientas no invalida su conclusión.

A lo largo de la Resolución se realizó un análisis cualitativo en el que consideraron los siguientes aspectos: características, usos y precios.

En efecto, en cuanto a las características de los productos, se determina si las materias primas o insumos utilizados en la producción de los bienes son equivalentes, de tal forma que las propiedades físicas, técnicas y características generales que definen los productos los hace sustituibles para el consumidor. En el presente caso, tanto en el Informe Motivado como en la Resolución recurrida se presentaron las características de las vacunas que se muestran en la tabla 1 y se

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

concluyó que *"a pesar de que las características y calidad de los insumos utilizados para producir la vacuna anti-aftosa pueden diferir de un laboratorio a otro, estas diferencias no afectan la autorización del ICA para su venta y no son percibidas por el consumidor final ni tienen un impacto en el precio del producto"*.

Tabla 1
Características vacuna anti-aftosa

Formulación	<ul style="list-style-type: none"> • Bivalente: ataca dos patologías. • Contiene las cepas de virus A24 cruzeiro y O1 Campos, inactivados en Bietil-Etil-Imina (BEI). • Producida en células BHK21 Clon 13 en suspensión o monocapa. • Las suspensiones de virus inactivados son concentradas por ultrafiltración y/o polietilenglicol (PEG) • Formulada con coadyuvante oleoso y algunas contienen sapomina. • Periodo de validez: 24 meses a temperaturas entre 2°C y 8°C.
Dosis	<ul style="list-style-type: none"> • Laboratorios VECOL y LIMOR: 2ml • Laboratorio LAVERLAM: 3ml
Presentación	<ul style="list-style-type: none"> • Laboratorio VECOL: 5, 10, 25 y 50 dosis • Laboratorio LIMOR: 10, 25 y 100 dosis • Laboratorio LAVERLAM: 8, 15, 30 y 80 dosis
Forma de administración	<ul style="list-style-type: none"> • Subcutánea o intramuscular

Así las cosas, y teniendo en cuenta que tal y como se indicó anteriormente, el ICA, entidad encargada de controlar la calidad del biológico para la erradicación de la enfermedad, determinó, con base en los estudios realizados, que las vacunas elaboradas por LAVERLAM con cepas extranjeras, cumplieran con los estándares técnicos exigidos por dicha entidad para ser comercializadas, es necesario concluir que las características de los productos son similares.

Ahora bien, respecto de los análisis de usos y precios, es claro, según la información obrante en el expediente, a la que se hizo referencia en la Decisión recurrida, que las vacunas elaboradas por VECOL, LAVERLAM y LIMOR tienen el mismo uso y son ofrecidas a FEDEGÁN al mismo precio. Así, esta Superintendencia considera, con base en las características, usos y precios de las vacunas anti-aftosa, que los biológicos autorizados por el ICA ofrecidos por los laboratorios son sustitutos, como se indicó tanto en el Informe Motivado como en la Decisión de sanción.

No se trata por lo tanto de una posición caprichosa de este Despacho como lo pretende hacer ver el Apoderado, sino de una realidad en el mercado que incluso encuentra sustento en las mismas actuaciones de FEDEGÁN dentro del mercado. Por ejemplo, a pesar de que se alega una supuesta diferencia sustancial en el producto importado, el mismo fue comprado, distribuido y aplicado sin ningún tipo de reparo al precio al que se compraban las demás vacunas y no resulta aceptable el argumento de la falta del antígeno nacional, pues si tal fuera el caso y el riesgo hubiera existido otra habría sido la medida adoptada por la Federación con el fin de

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

suplir el desabastecimiento; resulta extremadamente irresponsable y ajeno a la seriedad que debe caracterizar la actuación de un gremio que se hubiera utilizado la vacuna de LAVERLAM teniendo certeza, como hoy afirman tenerla, de que la misma no era segura. No se comprende cómo, si trataba de un producto tan "peligroso" para el programa de erradicación, el mismo fue adquirido entonces de manera "irresponsable" por FEDEGAN.

Debe entonces reiterarse en este punto lo ya afirmado en la resolución atacada:

"(...) a pesar de que el antígeno utilizado por parte de la quejosa era de procedencia foránea, la importación del mismo había sido autorizada por la entidad correspondiente, la cual también hace parte del programa para la erradicación de la fiebre aftosa. Esto conlleva a concluir que a pesar de las estrategias utilizadas por cada uno de los laboratorios participantes en el mercado de producción y venta de las vacunas, lo cierto es que las operaciones realizadas por unos y otros eran equivalentes. De tal suerte, bajo el análisis de acceso y participación al mercado arriba explicado, VECOL, LAVERLAM y LIMOR se encontraban como proveedores en condiciones análogas frente a FEDEGAN".

El bloqueo al producto de LAVERLAM no puede ser evaluado a la luz de los precios ofrecidos, las ofertas realizadas o incluso la calidad del antígeno, debido a que NUNCA se dio siquiera la oportunidad a dicha empresa de participar como oferente. Es allí en donde se genera la conducta reprochada. El Recurrente insiste en realizar comparaciones entre los productos cuando la única razón por la que no fue adquirida la vacuna ofrecida por la quejosa fue el hecho de tener procedencia foránea, situación que está más que demostrada en el expediente. Lo anterior, se muestra de manera en las pruebas ya citadas por esta Entidad, sin embargo, vale la pena citar dos de ellas en donde es clara la posición de FEDEGAN:

- Acta de la Decimoséptima Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, celebrada el 21 de diciembre de 2006:

"El Dr. Luis Fernando Salcedo de FEDEGAN, agradeció al ICA que se hayan aclarado las dudas de los presentes. Manifestó que estas dudas se habrían evitado si hubiera habido previa (sic) sobre los requisitos exigidos y procedimientos técnicos aplicados. Respeto la posición del gobierno y comenta que entiende la existencia de un procedimiento de importación y exportación bajo control del ICA y que FEDEGAN como comprador directo de la vacuna en momento tomará la decisión que le corresponde. Ratificó que a FEDEGAN solamente le interesa la campaña de erradicación y que no tiene ningún favoritismo por ningún laboratorio en particular. Además que así como lo manifestó el Viceministro, debe primar el interés nacional y esta (sic) de acuerdo en la necesidad de que exista un "plan B", pero aclara que la importación del antígeno para productor (sic) 4 millones de dosis no es suficiente para resolver el déficit de vacuna y que además estas no estarán (sic) disponibles para el próximo ciclo (...)"

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

- Acta Junta Directiva de la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGÁN Acta 336 del 25 de marzo de 2009⁹:

"(...) Laverlam era un proveedor adicional, no hizo la inversión y el año pasado a través de un manejo que no quedó claro, pero que reconoce que sirvió en el último momento por la falta de vacuna se le compró a Laverlam, cepas traídas de Argentina y ahora les quedó al parecer 2 millones de dosis y esperan vendérselas a Fedegan. (...) Pese a que siempre se había comprado a dedo, se va a hacer un proceso abierto para quienes cumplan con todos los requisitos y tendrán alguna ventaja quienes fabriquen en Colombia."
(Subrayado fuera de texto)

- Propuesta términos de referencia de FEDEGAN en relación con la compra de vacuna respecto del Ciclo I 2010¹⁰:

"3. Por decisión de la Junta Directiva, FEDEGAN solo comprará vacuna elaborada exclusivamente con tipos y cepas de virus comprobados en Colombia, para garantizar la inmunidad requerida, eliminar el riesgo de introducir cepas exóticas, evitar la pérdida de la condición de zonas libres y se abstendrá de comprar vacuna a laboratorios que aunque utilicen cepas homólogas a las existentes en el país, manipulen también cepas exóticas para el país." (Subrayado fuera de texto)

A manera de conclusión sobre este punto, considera este Despacho que los argumentos propuestos por el Recurrente no son suficientes para desvirtuar la conducta de discriminación aplicada por FEDEGAN en el mercado. Esto debido principalmente a que la equivalencia en este caso no puede analizarse bajo las posibles diferencias en las ofertas realizadas, precisamente debido a que las mismas no fueron la razón de la decisión de no compra, sino el origen del producto de LAVERLAM. Frente a esta situación, el origen, en el expediente obran diferentes pruebas técnicas que demuestran que las vacunas vendidas por LAVERLAM sí son sustitutas de las vendidas por otros laboratorios y no generan ningún riesgo para los bovinos.

Por último, el Apoderado señala que aún si se aceptara la equivalencia de las operaciones no podría hablarse de discriminación, en tanto la restricción a las vacunas con cepa importada fue aplicada a todos los laboratorios en general y no a uno en particular.

Este argumento, en lugar de defender la posición del investigado lo que hace es evidenciar su intención de impedir que LAVERLAM participara en el mercado. Como se indica en el recurso, la restricción fue impuesta en teoría, de manera general a todos los laboratorios; sin embargo, FEDEGÁN más que cualquier otro agente del mercado conocía, y así lo manifestó en diferentes reuniones y actas, que el único laboratorio que utilizaba cepas importadas era LAVERLAM. Así, puede ser que un agente imponga una restricción de manera general, pero cuando el mismo tiene pleno conocimiento de que tal restricción únicamente tendrá efecto sobre un agente.

⁹ Folio 1722 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folio 1831 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

particular del mercado, no puedo alegar como razón de justificación la mencionada generalidad.

En conclusión, FEDEGÁN sabía no solo que la restricción impuesta carecía de cualquier justificación técnica, sino que con la misma se afectaría exclusivamente la participación en el mercado de LAVERLAM, único laboratorio que utilizaba la cepa extranjera.

3.3. FRENTE A LA OBSTRUCCIÓN

Se expone en el documento presentado que la exigencia de FEDEGÁN tiene una justificación objetiva y por lo tanto no constituye una conducta contraria a la libre competencia. En efecto, según la posición planteada las vacunas con antígeno importado tienen un riesgo para la ganadería Colombiana por proceder de laboratorios en donde se manejan cepas diferentes a las existentes en el país.

En lo que atañe a las compras realizadas a LAVERLAM, se afirma que las mismas tuvieron que ser realizadas bajo el criterio de que representaban la alternativa menos peligrosa frente a un grave problema de desabastecimiento de la vacuna en ese momento. En palabras del Recurrente "(...) *la exigencia de comprar solo vacuna que no sea con antígeno importado no corresponde a una exigencia arbitraria de FEDEGAN sino a una exigencia que responde a los intereses del sector ganadero que no tiene propósitos lesivos para la competencia*".

Se busca nuevamente justificar la conducta reprochada en supuesta aplicación de criterios objetivo basados en insuficiencias técnicas de las vacunas ofrecidas por LAVERLAM. No obstante, de la forma como fue demostrado en la investigación, la actuación de FEDEGÁN se basó por el contrario en opiniones subjetivas de sus representantes, quienes alegaron un riesgo del producto, el cual NUNCA SE DEMOSTRÓ. Es decir, la única evidencia de la peligrosidad afrontada con la compra de vacunas con antígeno importado, son manifestaciones individuales y no sustentadas.

Por el contrario, a pesar del poco valor que quiere otorgársele a la opinión de la autoridad técnica competente, en este caso el ICA, es claro que las vacunas en cuestión cumplían con los requerimientos y niveles de riesgo adecuados para ser aplicadas en el país, como efectivamente se hizo ante la situación de desabastecimiento afrontada y hubiera podido continuarse haciendo si FEDEGÁN no hubiera obstruido la participación de LAVERLAM en el mercado.

De tratarse de un producto de baja calidad como es alegado por el Recurrente, algún efecto nocivo demostrable hubiera podido materializarse luego de la aplicación del lote adquirido. Es decir, si bien la argumentación del Apoderado es respetable, lo cierto es que la misma no encuentra sustento alguno en las pruebas obrantes en el caso que de manera contraria sí demuestran: (i) que la autoridad encargada de autorizar el ingreso del producto al país, con fundamento en diferentes pruebas técnicas realizadas, a través de un acto administrativo lo consideró viable; (ii) que un Juez de la República respaldó la posición del ICA y (iii) que fueron varios los momentos en los que se manifestó la intención de no comprar la vacuna en razón a

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

su origen e incluso quedó plasmada dicha posición en la propuesta de términos de referencia de FEDEGAN.

Ahora bien, se busca de manera hábil confundir las posiciones planteadas por esta Superintendencia. En cuanto a las condiciones de comercialización, inicialmente consideradas anticompetitivas por la Delegatura, se consideró lo siguiente:

"(...) no puede desconocerse que las condiciones sui generis del mercado en cuestión que emergen de una regulación estatal, le imprimen a la actividad de FEDEGAN una obligación de eficiencia en cuanto a sus resultados que requiere de una organización y programación en la forma como se compran, distribuyen y aplican las vacunas. Es entendible que en ejercicio de su libertad contractual y en aras de lograr los resultados óptimos de la campaña, sea el comprador quien de manera unilateral determine las condiciones de compra de la vacuna, entre las cuales pueden estar incluidos precios, los lugares de entrega, descuentos, plazos etc."

No obstante, también se señaló que se trataba de una apreciación no absoluta toda vez que, el discriminar por el hecho del origen de un producto, se excede esa libertad contractual. Si bien un agente en el mercado es libre de escoger qué a y a quién, así ostente una posición de dominio, dicha facultad en este último caso no puede exceder los límites del bien común, obstruyendo el acceso a un mercado sin razón justificada. Es precisamente en este punto en donde el Apoderado se equivoca, pues no puede sustentarse la decisión de no compra por parte de un agente dominante en la percepción NO DEMOSTRADA TÉCNICAMENTE de que un producto es peligroso, dañino o ineficiente por ser importado.

Como ya se desarrolló en la conducta de discriminación, ni siquiera se dio la oportunidad a LAVERLAM de ofrecer su producto, pues la política de FEDEGAN simplemente bloqueaba cualquier posibilidad de siquiera considerar su compra, independientemente de las condiciones en que fuera ofrecido en el mercado.

3.4. FRENTE A PROHIBICIÓN GENERAL

El Recurrente reitera su interpretación sobre el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y vuelve a cuestionar la que realiza esta Entidad. En su concepto, la norma en mención únicamente contiene dos supuestos susceptibles de sanción y no tres como lo propone el acto atacado. El primero, relacionado con los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto una limitación a la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y el segundo, con las prácticas y procedimientos tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Es decir, conforme a la posición planteada por el Apoderado, para que se configure el segundo supuesto, deben confluir la práctica o procedimiento tendiente a limitar la libre competencia y de manera simultánea el mantenimiento o determinación de precios inequitativos. Lo anterior, teniendo en cuenta que las frases en cuestión están conectadas con una "y" y no con una "o". Así, en su criterio, la interpretación de la Superintendencia implicaría la existencia de una prohibición indeterminada ya que

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

la mayoría de contratos y convenios limitan la libre competencia sin ser anticompetitivos. De esta forma, se estaría violando el principio de tipicidad reconocido constitucionalmente.

Bajo la óptica planteada en la reposición, no se dio respuesta en la resolución sancionatoria a los argumentos que sobre este punto se plantearon en el traslado del Informe Motivado y no se explicaron las razones por las que la Entidad se aparta, en su concepto, de la jurisprudencia contencioso administrativa.

Al referirse a la conducta objeto de sanción, el Apoderado señala que la posición de la SIC está basada en que no existen diferencias objetivas entra las vacunas ofrecidas por los diferentes laboratorios en virtud de la aprobación del ICA. Difiere el Recurrente de esta posición y reitera que dicha aprobación no les daba a las vacunas el carácter de equivalentes o sustitutas, en la medida en que la evaluación del ICA se basa en requisitos mínimos y no en un estudio de sustituibilidad de los productos. Para el Recurrente "(...) *la SIC no demostró que las vacunas de VECOL y LAVERLAM fueran productos sustitutos, requisito esencial para establecer que estaba frente a productos equivalentes o no*".

Se alega que como consecuencia de lo anterior, se presentó un error de valoración de la conducta que vicia el acto administrativo expedido por la SIC y que sirvió como base para configurar la conducta de obstrucción, la discriminación y la violación a la prohibición general. Por último, considera el Representante de la investigada que la carga de la prueba estaba a cargo de la Entidad y debió realizar un análisis de usos, características y precios como es acostumbrado.

La posición planteada por el Recurrente parte de una apreciación errada sobre la aplicación del principio de tipicidad y ante todo de una interpretación subjetiva sobre el artículo en cuestión. La sentencia C-634 de 2011 citada por el Apoderado, la cual resuelve una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley 1437 de de 2011 "*por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*" y que dentro de los temas tratados se refiere a la sujeción de las autoridades administrativas y judiciales al imperio de la Ley y del carácter vinculante de la jurisprudencia no es ni ha sido desconocida por esta Superintendencia en ningún momento.

Con la interpretación asumida por esta Superintendencia no se desconoce el principio interpretación restrictiva de las normas prohibitivas, así como tampoco la naturaleza ni mucho menos la estructura de la conducta en cuestión, como se pretende hacer ver por el Apoderado. Se trata de un cambio en la doctrina de esta Entidad que ya ha sido aplicado en diferentes casos y que encuentra su sustento en la redacción misma de la conducta¹¹. Al respecto, vale la pena mencionar que sobre

¹¹ Véase: Resolución No. 005 de 31 de agosto de 1961, del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Se decide sancionar a empresas curtidoras por un acuerdo, siendo la consideración central para justificar la sanción el estudio de la evolución de los precios en el mercado: "*la mayor parte de las empresas curtidoras (al 90% aproximadamente) se agruparon en una organización. Esta entró en acuerdos o convenios con cinco firmas compradoras del cuero crudo en el país las cuales absorben más o menos el 86% de la producción total. La serie estadística anterior*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

el principio de tipicidad en procesos administrativos la Corte Constitucional ha señalado:

"En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) 'Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas'¹²; (ii) 'Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley'¹³; (iii) 'Que exista correlación entre la conducta y la sanción'¹⁴. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que 'las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica'¹⁵. (Subrayado fuera de texto).

Es por lo anterior, que la posición no sólo subjetiva sino exegética del Recurrente no tiene asidero en el caso específico, pues desconoce que con la interpretación aplicada en el acto atacado se previenen aquellas conductas que a pesar de no estar tipificadas como actos o acuerdos anticompetitivos o como un abuso de posición dominante, pueden constituirse como contrarias al buen funcionamiento de los mercados y afectar la libre competencia. En efecto, las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son las tres que ya han sido explicadas en el acto sancionatorio:

- (i) "Los acuerdos "que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros".
- (ii) "Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"
- (iii) "Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a "mantener o determinar precios inequitativos"

muestra los efectos de este acuerdo, en relación con los precios de las pieles crudas" (Negrilla añadida).

¹² Sobre éste punto en particular, la Corte ha afirmado que "debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnimoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia" (Subraya por fuera del texto original). Corte Constitucional. Sentencia C- 406 de 2004.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Sentencias C-921 de 2001, C - 099 de 2003, C-406 de 2004 y C- 343 de 2006.

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

De manera ingeniosa el Apoderado busca hacer ver la posición de esta Entidad como absoluta y radical, cuando su aplicación ha sido bajo un criterio caso por caso. Por supuesto que pueden existir prácticas y procedimientos o sistemas que tiendan a limitar la competencia pero que no sean reprochables como es el caso de un contrato de distribución exclusiva cuando no medie una posición de domino por parte de alguno de los contratantes. No obstante, lo anterior no es óbice para que una autoridad de competencia renuncie a su responsabilidad de investigar y sancionar aquellas prácticas y procedimientos o sistemas que tiendan a limitar la libre competencia y que luego de analizadas las circunstancias fácticas y evidencia del caso, sean efectivamente consideradas como reprochables a la luz del régimen.

De aceptarse la posición el Apoderado, en el caso de la aplicación de precios inequitativos, también habría que demostrar que los mismos tenderían a limitar la libre competencia, cuando se trata de una conducta individual que no requiere la adición de elementos en su estructura.

En relación con la sentencia del Consejo de Estado que menciona el Apoderado, es importante aclarar que se trata de una decisión judicial de 1963 proferida con anterioridad a la modificación introducida por el Decreto 3307 de 1963 a la norma analizada. Con el fin de clarificar el punto resulta útil, leer las dos normas de manera paralela.

Art. 1 Ley 155 de 1959	Art. 1 Ley 155 de 1959, modificado por el art. 1 del decreto 3307 de 1963
<p>ARTÍCULO 1º. Quedan prohibidos los acuerdos y 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, procedimiento o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, <u>con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos</u> en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.</p> <p>PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.</p>	<p>ARTÍCULO 1º. Quedan prohibidos los acuerdos <u>o</u> convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.</p> <p>PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.</p>

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Como se evidencia de la comparación realizada, la modificación que introdujo el Decreto 3307 de 1963 estuvo directamente encaminada a cambiar el condicionante que establecía la norma en cuanto que las prácticas, procedimientos o sistemas se realizaran con el fin de mantener precios inequitativos; al hacer esta modificación e incluir la y no es posible entender como pretende hacerlo el Apoderado que la misma es utilizada en sentido conjuntivo. Una interpretación en tal sentido, llevaría a concluir que la modificación introducida en el 63 no tuvo ningún efecto, circunstancia que resulta ajena a toda regla de interpretación legal.

Por lo anterior, esta Entidad sigue considerando que no le asiste razón al Apoderado y que de la norma mencionada se derivan tres supuestos diferentes en los que se puede presentar una práctica anticompetitiva, como se expuso en el acto recurrido.

3.5. LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA OBJETO DE REPROCHE Y LA AUSENCIA DE SENTIDO ECONÓMICO

Para el Apoderado, toda conducta de abuso de posición dominante debe reflejarse en un perjuicio para los consumidores, sin lo cual no es anticompetitiva. Dicho perjuicio en sus palabras, debe ser demostrado por la Entidad. Se reiteran los argumentos presentados en el traslado al Informe Motivado, relacionados con una ausencia de sentido económico en la decisión. Específicamente, se señala que para la sancionada es irracional realizar conductas anticompetitivas para excluir a uno o varios de sus proveedores o de convertir a alguno de ellos en monopolista, pues esto redundaría en su propio perjuicio. Al respecto, específicamente se afirma:

"No es claro por qué la SIC considera que para quienes participan en un mercado competitivo como consumidores no tiene sentido económico convertir a alguno de sus proveedores en monopolista, pero para quien participa en un mercado como único comprador esta lógica económica no aplica".

Tampoco comparte la conclusión del Despacho en cuanto a que al tener FEDEGÁN la posibilidad de importar la vacuna, se impide que el monopolista aumente sus precios. Se considera en el escrito presentado que la mencionada posición asume erróneamente que el mercado geográfico de los productores de la vacuna no es el territorio colombiano, sino el mundo entero. De acuerdo con el argumento expuesto:

"Aceptar esta interpretación lleva implícito el peligro de afirmar que un monopolista en el mercado Colombiano siempre tendrá competencia porque los compradores colombianos pueden acudir a mercados internacionales para satisfacer su demanda en condiciones similares a las ofrecidas por el monopolista y, por consiguiente, no tiene mayor poder de negociación del que se produce en un mercado con varios oferentes en Colombia".

Se adiciona que la entidad de competencia debe actuar cuando se vislumbra un perjuicio a la competencia y no para la protección de una empresa específica y que con la orden de suspensión de la conducta, se están subordinando los intereses de los ganaderos a los de un solo agente del mercado.

Finalmente, acogiendo la posición planteada en el acto atacado, se afirma que FEDEGÁN hubiera podido comprar pequeñas cantidades a LAVÉRLAM o ninguna y

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

obtener el mismo resultado de excluirlo del mercado. Es decir, no era necesario establecer condiciones subjetivas para excluir al mencionado laboratorio, cuando se habría logrado el mismo efecto ejerciendo el derecho de libre elección reconocido por la Superintendencia. Se concluye que

"(...) el caso planteado por la SIC o tiene sentido económico, y su sanción, como se ha explicado, se convertiría en uno de aquellos falsos positivos de los que habla la doctrina internacional, donde la conducta del investigado no era anticompetitiva, pero fue considerada como tal por una autoridad de competencia".

Señala el Apoderado que para que una conducta de abuso de posición dominante sea anticompetitiva, debe reflejarse en un perjuicio para los consumidores que debe ser demostrado por la Entidad mediante un análisis económico. Asimismo, reitera los argumentos presentados en el escrito de opiniones al Informe Motivado, relacionados con una ausencia de sentido económico en la decisión e indica que para la sancionada es irracional realizar conductas anticompetitivas para excluir a uno o varios de sus proveedores o de convertir a alguno de ellos en monopolista, pues esto redundaría en su propio perjuicio.

Específicamente señala que *"No es claro por qué la SIC considera que para quienes participan en un mercado competitivo como consumidores no tiene sentido económico convertir a alguno de sus proveedores en monopolista, pero para quien participa en un mercado como único comprador esta lógica económica no aplica".*

Sobre este punto, este Despacho considera pertinente señalar que en ningún momento se está controvirtiendo lo afirmado por el Abogado, según lo cual al convertir a un proveedor en monopolista se le estaría otorgando la posibilidad de determinar las condiciones del mercado, al contrario, tal como se señaló en la Resolución recurrida, esta Entidad reconoce que no tiene sentido económico que un adquirente quiera convertir a su proveedor en monopolista para que luego le cobre precios monopólicos en su propio perjuicio.

De acuerdo con lo anterior, es importante anotar que lo que señaló este Despacho es que el esquema de funcionamiento del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa, que le otorga a FEDEGÁN una posición favorable que le permite determinar algunas de las condiciones del mercado de producción de vacuna anti-aftosa, se constituye en una limitante para que el laboratorio monopolista cobre precios monopólicos a FEDEGÁN.

En efecto, el hecho de que tanto el mercado de producción de la vacuna anti-aftosa como el de comercialización de la misma funcionen dentro de un programa de política pública que tiene como parte de sus estrategias otorgar precios bajos al ganadero, se convierte en una restricción para que el laboratorio monopolista aumente sus precios en detrimento de FEDEGÁN.

Como se señaló en la Resolución No. 4091 de 2012, para determinar la posición de dominio en un mercado relevante determinado se deben analizar: la estructura de competencia en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

existencia de barreras a la entrada y otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado.

Así, del análisis realizado, este Despacho determinó que en el marco del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa, es FEDEGÁN, quien actúa como único comprador, el que ostenta la posición de dominio en el mercado de producción de vacuna anti-aftosa y el que está en capacidad de actuar de manera independiente, y no los laboratorios que actúan como oferentes. De esta manera, cabe preguntarse entonces, cuál sería el sentido económico para que VECOL le cobrara precios monopólicos al único comprador del mercado que tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado.

De otra parte, el Apoderado considera que es equivocada la posición del Despacho según la cual, la posibilidad que tiene FEDEGÁN de importar vacuna anti-aftosa impide que el laboratorio monopolista aumente sus precios. Señala que la mencionada posición asume que el mercado geográfico de los productores de la vacuna anti-aftosa no es el territorio colombiano, sino el mundo entero. Agrega que la anterior interpretación implica el peligro de afirmar que un monopolista en el mercado colombiano siempre tendrá competencia proveniente de los mercados internacionales.

Al respecto, es importante recordar que, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, el ámbito de aplicación de las normas sobre protección de la competencia se circunscribe a *"todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico"* (negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, esta Superintendencia, con base en las condiciones de competencia y factores como los costos de cambio, costos de transporte y precios relativos de los productos, puede definir el mercado geográfico como local, regional o nacional. Adicionalmente, analiza las importaciones del producto determinado, no con el objetivo de ampliar el mercado geográfico como lo señala el Recurrente, sino con el fin de determinar la presión competitiva que éstas ejercen. En los casos de abuso de posición dominante, el mercado geográfico obedece al área geográfica donde se produjo el presunto abuso¹⁶, que, como quedó demostrado en la Resolución recurrida, fue en todo el territorio colombiano con excepción de las zonas libres de fiebre aftosa sin vacunación.

¹⁶ Sobre este punto señala Jaume PelliséCapell que "(...) una primora aproximación al mercado geográfico se puede hacer atendiendo al área geográfica a la que se extiende la actividad de la empresa o empresas encausadas o en la que se sitúan las personas afectadas por la misma. Sin embargo, como el mercado geográfico es el territorio en el que la empresa dominante se enfrenta a la competencia en sus prácticas abusivas, a los efectos del artículo 82 TCE, puede constituir un mejor criterio de aproximación el del área geográfica en la que se produce el abuso, en la que se sitúan las personas perjudicadas por la práctica en cuestión (...)". Jaume PelliséCapell. "La explotación abusiva de una posición dominante", Ed. Librería Civitas, 2005, pp. 146 y 147.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Como se indicó anteriormente, la inclusión del análisis de las importaciones se hace para determinar si éstas ya hacen parte del mercado y ejercen presión competitiva o por el contrario se pueden considerar como una competencia potencial que puede disuadir a las empresas presentes en el mercado de incrementar los precios de sus productos. En el análisis de competidor potencial se tiene en cuenta la existencia de barreras de entrada al mercado, toda vez que éstas pueden impedir, dificultar o retrasar considerablemente el acceso de un nuevo entrante al mercado en cuestión.

Lo anterior implica, que la sola posibilidad de importar un producto no determina la existencia de competencia potencial y tal y como lo señala el Recurrente, sería un error considerar que un monopolista en el mercado colombiano siempre tendrá competencia proveniente de los mercados internacionales.

Cuando la Superintendencia hace referencia a la posibilidad que tiene FEDEGÁN de importar la vacuna anti-aftosa en el caso de un aumento de precios por parte del laboratorio, no está ampliando el mercado geográfico a un mercado mundial, ni está afirmando que la sola posibilidad de realizar la importación de las vacunas se convierte en competencia potencial que impide el comportamiento del laboratorio, simplemente está señalando otro de los factores que le otorgan a FEDEGÁN la posición de dominio en este mercado y que considera esta Entidad como una característica importante del mismo, que sí restringe el alza de precios por parte de VECOL.

Así, no es la mera posibilidad de importación de la vacuna la que limita un alza en los precios de las mismas, sino, como se manifestó anteriormente, es la posición de dominio que ostenta FEDEGÁN, que se ve fortalecida por la capacidad que tiene el gremio de determinar en qué momento y bajo qué circunstancias se puede llevar a cabo la importación del biológico, la que restringiría la actuación del laboratorio monopolista.

Sobre lo afirmado por el Recurrente respecto de que la entidad de competencia debe actuar cuando se vislumbra un perjuicio a la competencia y no para la protección de una empresa específica, y que con la orden de suspensión de la conducta, se están subordinando los intereses de los ganaderos a los de un solo agente del mercado, resulta pertinente anotar que en el presente caso se está protegiendo la competencia y no a una empresa específica, toda vez que, como quedó establecido en la Resolución recurrida, el comportamiento de FEDEGÁN afectó la competencia.

En efecto, en la Resolución No. 4091 de 2012 se determinó que: (i) FEDEGÁN infringió lo establecido en el artículo 1° de la Ley 155 de 1955 al incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (ii) que al haber adoptado conductas que conllevan a la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes y obstruyen o impiden a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, ese comportamiento se adecúa a lo dispuesto en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Concluye el Recurrente que "(...) el caso planteado por la SIC no tiene sentido económico, y su sanción, como se ha explicado, se convertiría en uno de aquellos falsos positivos de los que habla la doctrina internacional, donde la conducta del

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

investigado no era anticompetitiva, pero fue considerada como tal por una autoridad de competencia".

A pesar de la ligereza con la que se hace referencia a un supuesto falso positivo en el caso bajo estudio, la sustentación de dicha afirmación es escasa y no representa un argumento suficiente para desvirtuar la posición de esta Entidad. En primer lugar, son claros los efectos exclusorios de la conducta realizada, en virtud de los cuales LAVERLAM no tuvo posibilidad de acceder al mercado. En segunda medida, FEDEGÁN tiene una participación económica en la actividad de VECOL que se constituye como una motivación para que ésta última incremente sus ingresos y participación en el mercado y por último, independientemente de la participación que llegare a obtener un vendedor en un mercado oligopsónico, es el comprador quién finalmente toma la decisión de compra, por lo que el vendedor dominante no necesariamente va a ejercer un control sobre el mercado.

Por lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 40912 del 28 de junio de 2012, mediante la cual se sancionó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE GANADEROS.

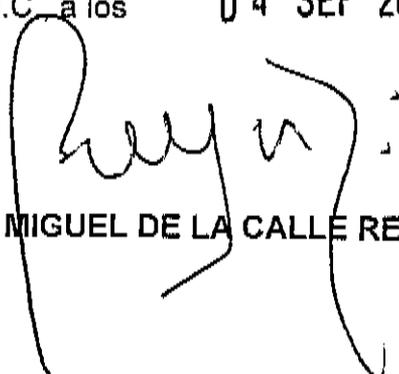
ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución al doctor JAIRO RUBIO ESCOBAR, apoderado la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN- y de su representante legal el señor JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede el recurso alguno, quedando así agotada la vía gubernativa.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución al doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, apoderado la sociedad LAVERLAM S.A., reconocida como tercero interesado, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede el recurso alguno, quedando así agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C. a los **04** SEP 2012

El Superintendente de Industria y Comercio,


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Carolina Liévano
Carolina Salazar
Germán Bacca

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición”

Revisó: Carolina Salazar/Germán Bacca

NOTIFICACIONES:

Doctor

JAIRO RUBIO ESCOBAR

C.C. N° 79.108.890 de Bogotá

T.P. N° 35306 del C.S. de la J.

Apoderado

FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-

JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA

Calle 94 A No. 13 – 34 Oficina 102

Fax: 6183451

Bogotá D.C.

Doctor

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

C.C. N° 79.316.786 de Bogotá

T.P. N° 61.688 del C.S. de la J.

Apoderado

LAVERLAM S.A.

Calle 90 No. 19 – 41 Oficina 301

Fax: 6181697

Bogotá D.C.