



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **4091** DE 2012

Radicación: 07-136989

28 JUN 2012

Por la cual se imponen unas sanciones

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
 en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
 en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 4886 de 2011¹,
 en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 56800 del 5 de noviembre de 2009, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la FEDERACIÓN NACIONAL DE GANADEROS – FEDEGAN- habría infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA, representante legal de la entidad investigada, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992³.

SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura de Investigación⁴ fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, de manera general en los siguientes términos:

En cuanto a la definición del mercado involucrado, se concluyó que las supuestas conductas anticompetitivas desarrolladas por FEDEGAN estaban circunscritas al mercado de compra y de venta de la vacuna contra la fiebre aftosa que es producida por VECOL, LIMOR y LAVERLAM S.A. (en adelante "LAVERLAM") y que se distribuye en el territorio nacional con excepción de San Andrés y Providencia, Chocó, las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia. De igual manera, en el acto citado se consideró que la empresa investigada ostentaba una posición de dominio en el mercado de compra del producto a los laboratorios, así como en el mercado de venta a los ganaderos.

Frente a las conductas investigadas, se señaló que de acuerdo con la queja presentada por LAVERLAM, FEDEGAN habría instaurado una política restrictiva de la competencia en la que se constituyó como único comprador y vendedor de la vacuna contra la fiebre aftosa, sin tener facultad legal para ello, con lo cual posee la posibilidad de determinar las condiciones del mercado. Asimismo, la investigada, como único comprador de la vacuna, habría decidido unilateralmente y sin facultad para hacerlo, el precio al cual va a comprar la vacuna a los laboratorios productores y el número de dosis que va a adquirir de cada laboratorio, favoreciendo injustificadamente a VECOL S.A.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009 a su vez modificado por el del Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

⁴ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 6 del expediente, folios 929 a 949.

RESOLUCIÓN NÚMERO 40912 DE 2012 Hoja N°. 2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Otra de las conductas considerada ~~posiblemente~~ anticompetitiva por el Delegado en el auto de apertura, se basó en la supuesta venta de la vacuna al ganadero, bajo la condición de que se utilizara la infraestructura establecida por FEDEGAN para la aplicación de la misma, estructurando una imposición de obligaciones adicionales al negocio. De acuerdo con el acto administrativo, el precio de la vacuna ya tiene incluido el valor de la aplicación y no es posible que el ganadero escoja el proveedor y si la vacuna la aplica FEDEGAN a través del programa o Él directamente.

Conforme a lo anterior, para la DELEGATURA las acciones de la investigada podrían constituir una obstrucción del lado de los laboratorios productores de la vacuna, en la venta directa al consumidor final y del lado de los ganaderos, quienes tampoco pueden adquirir la vacuna directamente de los laboratorios. Esto, debido a que en su posición como único comprador y vendedor de la vacuna, en principio tendría la posibilidad de limitar el acceso especialmente al mercado de la venta de producto.

Por otro lado, para la DELEGATURA existían indicios que llevaban a pensar que FEDEGAN se había reservado la facultad de tomar decisiones para el mercado sin tener pleno respaldo para ello, como por ejemplo quién debe vender, en dónde se debe vender y qué cantidad, situación que podría constituir una infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, se decidió abrir investigación en contra del señor JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA, como representante legal de FEDEGAN, con el fin de determinar si en desarrollo de las funciones de su cargo autorizó, ejecutó y/o toleró acciones que constituyan una violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 34598 del 30 de junio de 2010⁵ y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado ordenó practicar parte de las pruebas solicitadas y tener como tales otras de las aportadas por los investigados. Igualmente, en dicho acto se decretaron pruebas de oficio y se rechazaron algunas de las solicitadas por los apoderados⁶.

La Resolución citada anteriormente fue modificada mediante las Resoluciones No. 63990 del 22 de noviembre de 2010⁷ y No. 40818 del 28 de julio de 2011⁸; con el fin de fijar nuevas fechas para algunas diligencias, decretar otras pruebas de oficio y limitar la práctica de algunos testimonios.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 29921 del 10 de junio de 2010⁹, el Delegado admitió como tercero interesado dentro de la investigación a LAVERLAM por considerar

⁵ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 9 del expediente, folios 1412 a 1430.

⁶ La Resolución No. 42841 del 19 de agosto de 2010, resuelve el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de LAVERLAM en contra de la Resolución No. 34598 del 30 de junio de 2010, que negó algunas de las pruebas solicitadas, confirmándose dicha decisión. Documento obrante en el Cuaderno Público No. 9 del expediente, folios 1455 a 1458

⁷ Folios 3266 a 3272 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

⁸ Folios 3869 a 3872 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

⁹ Folios 1349 a 1356 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

que dicha empresa había demostrado su interés directo y particular en el resultado del trámite¹⁰.

QUINTO: Que el 9 de diciembre de 2011, una vez culminó la etapa probatoria, el Delegado presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción¹¹. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del mencionado Informe a los investigados, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

En primer lugar, se realiza una descripción de la regulación sobre la lucha contra la fiebre aftosa, en la cual se señala la Ley 395 de 1997, desarrollada por el Decreto 3044 de 1997 y la Resolución ICA 1779 de 1998, en virtud de la que se implementó un modelo de vacunación en el que participan el sector público, representado por el ICA, y el sector privado, representado por los Comités u Organizaciones Ganaderas (en adelante OGG) y FEDEGAN. Asimismo, se hace mención del papel que cumplen las OGG y FEDEGAN dentro del esquema de Erradicación de Fiebre Aftosa.

Lo anterior, como base de la descripción del mercado relevante sobre el cual se estructura la conducta endilgada que conforme al Informe en cuestión se limita al de *"la compra de la vacuna antiaftosa producida con las cepas de virus A24 Cruzeiro y O1 Campos formulada en coadyuvante oleoso en todo el territorio nacional a excepción de los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó, las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia. La vacuna no tiene productos sustitutos debido a que es el único producto en el mercado capaz de prevenir la enfermedad producida por el virus de la Fiebre Aftosa con sus mismas características y precios"*.

Sobre la estructura del mercado, el documento elaborado por la DELEGATURA resume las funciones de sus participantes en la siguiente tabla:

Tabla 1

Agente	Funciones
FEDEGAN FNG	<ul style="list-style-type: none"> • Único comprador de la vacuna a los laboratorios • Asigna los lugares donde los laboratorios deben despachar la vacuna • Determina el número de dosis solicitadas a cada laboratorio para cada ciclo de vacunación
Laboratorios	<ul style="list-style-type: none"> • Asumen los costos de transporte y la logística de mantenimiento de la cadena de frío
OGGs	<ul style="list-style-type: none"> • Reciben la vacuna por parte de los laboratorios • Preservan la cadena de frío • Venden la vacuna a los ganaderos • Supervisan o realizan la aplicación de la vacuna

Se consideró además, que existen tres tipos de barreras de entrada en el mercado específico. Existe en primera medida, una barrera legal representada en las normas que regulan el Programa Anti Aftosa ya que la comercialización de la vacuna sólo puede estar

¹⁰ La solicitud de tercera fue realizada por parte del Apoderado de LAVERLAM, mediante comunicación radicada con el número 07-136989 - 00079 - 0001 del 11 de diciembre 2009.

¹¹ Folios 3873 a 3963 del Cuaderno Público N° 15 del Expediente.

a cargo de las OGGs o Comités autorizados. Igualmente, se presenta una barrera estructural ya que, según el Informe presentado, cualquier agente que quisiera entrar al mercado de compra de vacuna antiaftosa, tendría que invertir y obtener una reputación semejante a la de FEDEGAN a nivel nacional y en particular entre los ganaderos. Por último, se menciona una barrera estratégica o de conducta relacionada con el comportamiento estratégico de FEDEGAN, que se deriva de su condición de gremio que le permite impedir o dificultar la entrada de un competidor ya que cuenta con acceso a información de relevancia para el funcionamiento del mercado y con la capacidad para incidir en la toma de decisiones.

Considera el Delegado que la investigada ostenta una posición de dominio en el mercado de compra de vacuna antiaftosa y que el mercado de producción y distribución del biológico, en el que participan los laboratorios, las OGGs y los ganaderos (usuarios finales), está directa y consecuentemente relacionado con el mercado relevante definido y debe entenderse por lo tanto, como un mercado conexo.

Ahora bien, en lo que se refiere a las conductas investigadas, el Informe Motivado en primera medida se refirió al papel de los gremios como sujetos al Régimen de Protección de la Competencia, para luego evaluar si efectivamente con los hechos demostrados dentro del expediente era posible establecer la existencia de una infracción al mismo.

5.1. RESPECTO A LA APLICACIÓN DE CONDICIONES DISCRIMINATORIAS

De acuerdo con la DELEGATURA, para que exista discriminación es necesario que los agentes que desarrollan las operaciones dentro de la industria o del comercio lo hagan bajo las mismas circunstancias. Así, en el presente caso la operación equivalente es la compra de vacuna antiaftosa que realiza FEDEGAN y la discriminación se configura cuando se concede un trato diferencial para operaciones que están en un mismo plano de mercado sin ninguna justificación.

Sin embargo, del análisis de las ofertas presentadas por los laboratorios, la DELEGATURA considera que la diferencia entre las compras realizadas por FEDEGAN a LIMOR y VECOL, se explica porque únicamente VECOL ofreció descuentos por pronto pago a FEDEGAN. Se señala que para el año 2010, si bien las ofertas no eran exactas, contenían diferencias poco significativas relacionadas con los plazos de pago. No obstante lo anterior, considera que existen razones justificadas en que la cantidad de dosis de vacuna ofertada por VECOL superó a la ofertada por LIMOR.

En relación con LAVERLAM, la DELEGATURA considera que de las pruebas que obran en el expediente se pudo verificar que no existen condiciones análogas en la oferta comercial presentada por LAVERLAM en relación con las presentadas por LIMOR y VECOL. De acuerdo con lo anterior, la DELEGATURA concluye que las diferencias en el trato estaban justificadas por cuanto las condiciones ofertadas por LAVERLAM y LIMOR en relación con VECOL, no se encontraban en planos de equivalencia.

5.2. FRENTE A LA VENTA ATADA

Conforme al análisis realizado en el Informe Motivado, existe un producto vinculante, la vacuna, y un servicio vinculado, la aplicación de la misma. Los costos de aplicación de la vacuna debe ser asumidos por ley por el Fondo Nacional del Ganado – FNG, administrado por FEDEGAN. Parte de los recursos correspondientes al precio de venta cobrado a los

ganaderos, es regresado al Fondo Nacional del Ganado – FNG, como reembolso de los costos de vacunación. Sin embargo, no existe evidencia de que los ganaderos se vean obligados a contratar la aplicación con el objetivo de obtener la vacuna.

De acuerdo con la legislación aplicable y los testimonios recaudados, es posible que los ganaderos apliquen la vacuna utilizando medios distintos a los vacunadores proporcionados por FEDEGAN. Además, existen eficiencias relacionadas con la vinculación entre la venta de la vacuna: (i) que la vacuna que sea comprada es efectivamente aplicada; (ii) que la aplicación es realizada de manera adecuada; y (iii) que se conserva la cadena de frío, pues ésta no ha sido interrumpida en ningún eslabón. Estas eficiencias conllevan a un incremento del bienestar social y del consumidor. En esa medida es posible afirmar que este sistema de aplicación tiene efectos pro-competitivos.

En consecuencia, sabiendo que no se configura el elemento de coerción y que existen otros medios de aplicación, para la DELEGATURA no se encuentra probado que FEDEGAN condicione la venta de la vacuna a la aplicación de la misma ni que deje de vender la vacuna a quienes manifiesten que no desean obtener dicho servicio, por lo que no se configura la conducta de subordinación de la venta de un bien a la aceptación de obligaciones adicionales o venta atada.

5.3. SOBRE LA OBSTRUCCIÓN

En lo que tiene que ver con la obstrucción, según el Informe presentado, FEDEGAN impuso condicionamientos técnicamente injustificados a LAVERLAM. Sin embargo, no se puede decir que ésta haya sido la única causa por la que LAVERLAM se vio forzada a incinerar lotes de vacuna con antígeno importado y a salir del mercado de producción de la vacuna antiaftosa, en tanto que las condiciones de venta ofrecidas por LAVERLAM eran menos favorables que las ofrecidas por otros laboratorios.

En el mismo sentido, el Delegado consideró que la participación de LIMOR se había visto afectada negativamente debido a que no ha podido aumentar su participación en el mercado de conformidad con las inversiones realizadas en la planta y a su capacidad instalada. No obstante, en su concepto no se encuentran elementos que permitan concluir que esta situación sea un efecto de la supuesta conducta obstruccionista de FEDEGAN.

Frente a la venta directa de la vacuna por parte de los laboratorios a los Comités Ganaderos, se considera que la misma no es probable dada la estructura del mercado, y en consecuencia tal supuesto no puede ser tenido en cuenta como una presión competitiva o como una alternativa plausible para la permanencia de los laboratorios LIMOR y LAVERLAM en el mercado. Adicionalmente, el interés económico de FEDEGAN y los Comités Ganaderos en VECOL, no es suficiente para encontrar razonable la supuesta estrategia de obstrucción realizada por FEDEGAN.

Concluye el Informe Motivado sobre la conducta que la obstrucción no se encuentra probada dentro del expediente.

5.4. DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL

El resultado de la investigación adelantada confirma que FEDEGAN implementó un esquema contrario a la libre competencia, pues bajo el mismo los laboratorios no pueden competir en precios y la investigada impone las cantidades y los lugares donde los

laboratorios deben entregar la vacuna, sin criterios objetivos para ello. Adicionalmente, FEDEGAN impone otras condiciones restrictivas sin fundamento técnico o legal que las justifique, tales como la exigencia de que la vacuna sea un producto 100% colombiano. Estos condicionamientos impuestos, de acuerdo con lo expuesto en el Informe Motivado, por FEDEGAN de forma unilateral resultan irrazonables y restrictivos de la competencia.

Para la DELEGATURA, FEDEGAN se convirtió en el único comprador de la vacuna antiaftosa a los laboratorios productores, en atención a su calidad de gremio, en el que apalancó su poder de compra, se convirtió adicionalmente en el intermediario exclusivo en la venta a las OGGs. La investigada también impuso de manera unilateral a través de Circulares y de Términos de Referencia, todas las condiciones comerciales de compra de la vacuna a los laboratorios, incluyendo cantidades, descuentos, lugar de entrega, bonificaciones y plazos de pago. Igualmente, dentro de las condiciones para la compra de la vacuna, impuso restricciones técnicamente injustificadas, particularmente dirigidas a LAVERLAM, que consistieron en que las vacunas adquiridas debían ser formuladas con antígeno producido en Colombia en plantas con el NSB3A.

Concluye el Informe que el esquema de contratación implementado por FEDEGAN, no establece un sistema transparente de compra, que le permita a los participantes competir por el mercado en igualdad de condiciones. Por lo tanto, este complejo procedimiento de compra de la vacuna determinado por FEDEGAN y que ha sido descrito a lo largo del presente informe, tiene por efecto limitar la libre competencia de los agentes en el mercado de producción y venta de la vacuna anti-aftosa.

5.5. RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL

Conforme a la posición de la DELEGATURA, en el material probatorio recaudado así como en el transcurso de la investigación, el señor Lafaurie se mostró renuente a la compra de la vacuna formulada con antígeno importado por un supuesto riesgo para la ganadería colombiana, desconociendo con ello los estudios realizados, la autorización otorgada por el ICA¹² y los lineamientos fijados por la Comisión Nacional para la Erradicación contra la Fiebre Aftosa¹³. Por lo tanto, conocía que la importación por parte de LAVERLAM, del antígeno para la formulación de vacuna antiaftosa en Colombia, se encontraba aprobada por el ICA y aún así se negó a contratar con dicho laboratorio. Sin embargo, esto no resulta suficiente para concluir que haya autorizado y tolerado la implementación del esquema de contratación tendiente a limitar la libre competencia que utiliza FEDEGAN en sus relaciones comerciales con los laboratorios productores de la vacuna antiaftosa.

Concluye la DELEGATURA en su Informe que se encuentra acreditada la existencia de un esquema tendiente a limitar la libre competencia de los laboratorios productores de vacuna antiaftosa, el cual se constituye en una de aquellas prácticas, procedimientos o sistemas que resultan restrictivos de la competencia. En lo que concierne a los términos de referencia elaborados recientemente por FEDEGAN para la compra de la vacuna, no se ven criterios claros y transparentes de selección frente a los laboratorios en aras de que exista competencia efectiva entre los mismos en el precio de oferta de la vacuna y en las demás condiciones comerciales de venta ofertadas.

¹² Folios 1868 a 1878 del Cuaderno No. 10 del Expediente.

¹³ Folios 99 a 104, cuaderno 1. Acta de la Decimoseptima Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Frente a la obstrucción del acceso al mercado, no encontró acreditada dicha conducta, como tampoco en cuanto a la imposición de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un proveedor en situación desventajosa, frente a otro proveedor de condiciones análogas. Lo anterior, teniendo en cuenta que las diferencias en el trato están justificadas, por cuanto las condiciones ofertadas por LAVERLAM y LIMOR en relación con VECOL, no se encuentran en planos de equivalencia. En relación con la existencia de subordinación del suministro de la vacuna a la aceptación de obligaciones equivalentes, tampoco se consideró probada tal conducta. Así, se recomienda sancionar a la Federación Colombiana de Ganaderos - FEDEGAN, por haber infringido lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

Por otra parte, sobre la responsabilidad del señor JOSÉ FÉLIX LAFAURIE RIVERA consideró la DELEGATURA que no es posible concluir que haya colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, proscritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

SEXTO: Que estando dentro del término legal, las partes dentro del trámite presentaron observaciones al Informe Motivado en los siguientes términos:

6.1. ARGUMENTOS DEL APODERADO DE FEDEGAN

A través de documento radicado bajo el número 07-136989-00243-01 del 26 de diciembre de 2011, el Apoderado de FEDEGAN y su representante legal, presentó opiniones al Informe Motivado de la DELEGATURA, las cuales se resumen a continuación:

6.1.1. Sobre la inexistencia de posición dominante de FEDEGAN

En opinión del Apoderado, de manera previa a la definición de un abuso de posición dominante, es necesario establecer que efectivamente existe dicha posición en el mercado. Por lo tanto y conforme lo ha considerado la International Competition Network (ICN) si la investigada no ostenta posición dominante, se desdibuja la infracción. Específicamente frente al concepto, el Abogado realiza una simbiosis entre la definición contenida en el Decreto 2153 de 1992 y las recomendaciones de la mencionada entidad internacional para concluir que una empresa "(...) ostenta posición dominante cuando puede determinar las condiciones de un mercado (entre las cuales se encuentran el precio de los productos, la cantidad y la calidad, entre otros), durante un plazo prolongado, y sin que existan presiones competitivas que influyan en la determinación de las condiciones que el agente se propone imponer".

En su opinión, con base en la doctrina de diversas autoridades internacionales de competencia, una firma con una participación del 100% de mercado puede no tener posición de dominio. Esto, debido a la existencia de presiones competitivas por la vía de la sustituibilidad de la oferta y/o la existencia de competencia potencial. De acuerdo con el argumento expuesto, las participaciones en el mercado únicamente indican el estado actual de la competencia y no pueden de manera individual constituir la evidencia de una posición dominante.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Se adiciona que el Derecho de la Competencia toma en cuenta la existencia de presiones y que éstas sean idóneas para controlar posibles conductas explotativas y/o exclusorias. En el caso específico, en su criterio, se desconoció en la resolución de apertura de investigación la existencia de la presión competitiva que enfrente FEDEGAN a través de la sustituibilidad de la oferta y competencia potencial representadas en la presencia de 83 gremios autorizados por el ICA para comprar vacunas directamente de los laboratorios oferentes. Por lo tanto, dichos gremios pueden ser competidores de la investigada y se constituyen como competencia potencial.

Respecto a la capacidad competitiva de los Comités Ganaderos, disiente el Abogado de la posición planteada por la DELEGATURA en el sentido de considerar improbable la venta directa de vacunas a estos entes. Frente al tema, se expone que son dichos comités los que cuentan con herramientas de competencia relevantes, como son el acceso a la clientela cautiva en las regiones y los congeladores para mantener la cadena de frío necesaria para las vacunas. Además, se manifiesta en el escrito presentado, que el ser afiliados de FEDEGAN no impide que los comités participen directamente en el mercado de compra.

Se considera en las opiniones al Informe Motivado que son los gremios, compuestos por los ganaderos, quienes prefieren comprar las vacunas a FEDEGAN, toda vez que, a través suyo se obtienen mejores condiciones de compra a los laboratorios, resultando una operación más eficiente. Sobre el punto, manifiesta el Apoderado que:

"Si a los ganaderos no se les otorgaran condiciones económicas, o se les estuviera explotando de cualquier manera, los gremios empezarían a comprar la vacuna directamente a los productores. Esta es una presión competitiva a que está expuesta FEDEGAN".

Complementa su argumento señalando que de la misma forma, si en el mercado de la compra de las vacunas FEDEGAN no pagara un precio rentable, los laboratorios podrían ofrecer directamente a las organizaciones ganaderas autorizadas el producto y concluye que por las razones expuestas no existe posición dominante por parte de la investigada.

6.1.2. Inexistencia de conductas constitutivas de abuso de posición dominante

De acuerdo con el escrito presentado, aun cuando se considerara la existencia de una posición de dominio ostentada por FEDEGAN, las conductas acusadas no constituyen un abuso de la misma. Procede en el documento el abogado a analizar cada una de las infracciones investigadas.

(a) Inexistencia de aplicación discriminatoria a operaciones equivalentes

Se inicia la argumentación, describiendo la conducta constitutiva de discriminación prevista en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y exponiendo que sus elementos son: la existencia de una empresa con posición de dominio, que se apliquen condiciones discriminatorias frente a operaciones equivalentes y que se coloque a un proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas.

Desestima el Apoderado la queja que dio origen a la investigación, bajo el entendido de que la misma parte de una premisa errada de que un comprador que decide a quién le compra sus bienes y en qué cantidad se encuentra incurso de una conducta

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~40912~~ DE 2012 Hoja N° 9

"Por la cual se imponen unas sanciones"

anticompetitiva. En su concepto, se trata de una afirmación que anula el derecho de todo consumidor de escoger proveedores, las cantidades que adquiere y los precios que paga. Específicamente se expresa lo siguiente:

"Ni siquiera una compañía con posición dominante pierde la capacidad de decidir a quién le compra y en qué cantidades. Cualquier interpretación en contrario implicaría que todas las compañías que tienen posición dominante tendrían que comprar sus insumos por partes iguales a todas las compañías que participan en el mercado que fuera del caso. Ni siquiera por vía de regulación estatal se ha contemplado tal posibilidad, mucho menos podría contemplarse mediante la decisión de una autoridad de competencia"

Adicionalmente, el Abogado considera que está demostrado en el expediente que FEDEGAN no decide de manera caprichosa a quién le compra las vacunas ni la cantidad adquirida, sino que estos factores dependen del hato nacional. En su opinión, también se encuentra probado que la investigada solamente elige la cantidad de vacunas que compra a cada laboratorio cuando el ganadero no hace esta escogencia. Señala que es éste quien elige la marca de la vacuna y que su representada simplemente compra las marcas solicitadas, constituyéndose en un emisario de la decisión de compra.

De tal suerte, según el argumento expuesto, las compras a VECOL se justifican en las mismas preferencias de los ganaderos y no en una arbitrariedad de FEDEGAN. Continúa el Apoderado manifestando que en aquellos casos en donde el ganadero no sea quien elija la marca correspondiente, le corresponde a FEDEGAN hacerlo, pero que en estos casos la decisión de compra se basa en las condiciones comerciales que ofrezca cada laboratorio.

Como complemento de lo expuesto, se afirma que aun en el escenario en donde las compras se dieran de manera "caprichosa" por parte de la investigada, tampoco podría hablarse de infracción alguna, pues según el Abogado, las transacciones entre los laboratorios y FEDEGAN no son equivalentes y aquellos no se encuentran en condiciones análogas. Conforme al argumento desarrollado, se encuentra probado en el expediente que a pesar de ofrecerse las vacunas a un mismo precio, las cantidades ofrecidas son distintas y las condiciones de descuentos, plazos, calidades, servicio al cliente y formas de pago diferentes.

Para finalizar la posición sobre el tema, se manifiesta que no es reprochable a la luz de las normas de competencia *"La adquisición de ventajas competitivas por ofrecer mejores condiciones a los consumidores, y la consecuente exclusión de aquellos competidores que no son capaces de igualar esa eficiencia (...)"* y que por el contrario sí sería discriminatorio otorgarle a todos los laboratorios el mismo tratamiento cuando sus condiciones son diferentes.

(b) Inexistencia de obstrucción de acceso a terceros a los canales de comercialización

Para el Apoderado de FEDEGAN, ser el único comprador y el único vendedor en un mercado no es en sí misma una situación que pueda considerarse como anticompetitiva. En su concepto, una interpretación contraria daría a entender que un competidor eficiente que logra obtener una posición de dominio en el mercado debido a sus buenas decisiones podría ser acusado de abuso de la misma por el sólo hecho de ser el único comprador y vendedor de un producto.

Continúa señalando que la razón para que los ganaderos no puedan acceder directamente a la vacuna emana de una regulación estatal, en virtud de la cual, sólo aquellos autorizados por el ICA están autorizados para el efecto. Reitera que sólo la investigada y aproximadamente 83 agremiaciones de ganaderos cuentan con la mencionada autorización y que es precisamente el ICA quien no ha permitido a los ganaderos comprar directamente la vacuna por razones de orden público. En opinión del Abogado *"No es FEDEGAN quien con su conducta prohíbe que los ganaderos compren la vacuna, o que los laboratorios accedan a ellos directamente. Son la propia ley y el estado quienes no permiten que los ganaderos hagan esa compra directa"*.

Por último, se afirma que no hay sustento probatorio para concluir la existencia de una obstrucción por parte de la investigada, ni que se haya impedido el acceso al mercado a las empresas LIMOR o LAVERLAM.

- (c) Inexistencia de subordinación de la venta de la vacuna a la aplicación de la misma por parte de veterinarios autorizados por el Fondo Nacional del Ganado

Frente a la conducta contenida en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, considera el Apoderado que se trata de una norma que busca evitar que una empresa con posición dominante en un mercado, se aproveche de la misma para mejorar su posición en otro mercado relacionado en el que no cuenta con participación relevante. Se protege, en su concepto, la exclusión de competidores del segundo mercado en donde se pretende incrementar la participación y por lo tanto, son dichos competidores quienes pueden resultar afectados con la conducta. Es así como, en su criterio, no deberían ser los laboratorios quienes se quejen y aleguen afectación con la conducta, pues no tienen nada que ver con el mercado de aplicación de vacunas.

Considera el Abogado que para que la conducta endilgada se configure, es necesario además que haya una coerción que implique el no acceso al producto o servicio principal sin adquirir el secundario, lo cual no se presenta en el caso, ya que quienes deseen comprar la vacuna a la investigada pero aplicarla con un veterinario no contratado por el Fondo pueden hacerlo. No obstante, se complementa la posición planteada señalando que aun en el caso en que se obligara a los ganaderos: *"(...) la conducta no sería violatoria del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, ya que para que esto ocurra, quien realiza la conducta debe participar tanto en el mercado primario -en el que supuestamente tiene posición de dominio-, como en el secundario -que pretende monopolizar-, y que este (sic) subordinando la venta de su producto en el mercado primario al servicio que presta en el mercado secundario"*.

- (d) Inexistencia de violación al artículo 1 de la ley 155 de 1959

No comparte el Apoderado la interpretación que sobre la norma en cuestión realiza la DELEGATURA. En su concepto, el artículo está compuesto de sólo dos prohibiciones, a saber: (i) 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 (ii) las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Según su interpretación no puede escindirse la segunda prohibición ya que no pueden considerarse como anticompetitivas únicamente *"las prácticas, procedimientos o sistemas"*

RESOLUCIÓN NUMERO 409-17 DE 2012 Hoja N°. 11

"Por la cual se imponen unas sanciones"

tendientes a limitar la competencia", pues se trataría de una prohibición indeterminada teniendo en cuenta que la mayoría de contratos o convenios tienen a limitar la competencia. De tal suerte, considera que se está violando el principio de tipicidad con la posición de la DELEGATURA.

Al referirse específicamente al caso estudiado, se inicia la argumentación aduciendo que no es FEDEGAN quien fija los precios de las vacunas, sino los laboratorios quienes presentan sus propuestas, las cuales en opinión del Abogado "curiosamente" coinciden en los precios. Es de manera posterior a la presentación de éstas que la investigada inicia un proceso de negociación basado en las condiciones comerciales ofrecidas. Al respecto, expresamente se afirma:

"La circunstancia de que todos los laboratorios hayan ofertado a través del tiempo a un mismo precio, se reitera, es una coincidencia no atribuible a FEDEGAN que la perjudica, pues lo que siempre ha querido es que los laboratorios compitan entre sí en todos los aspectos, dentro de los cuales ésta (sic) el precio".

No comprende el Abogado la razón por la cual se afirma en el Informe Motivado que los laboratorios no pueden competir en precios, si por el contrario el interés del gremio es que dichos precios sean más bajos. Se reitera que las cantidades adquiridas dependen de los pedidos y preferencias de los ganaderos del hato nacional y de las condiciones comerciales. Asimismo, se expone que la determinación de las zonas geográficas en donde se distribuyen las vacunas depende de factores como la escogencia de la marca por el ganadero, ubicación del hato y términos de entrega, entre otros y no emana de una división geográfica por parte de FEDEGAN. No obstante, en criterio del Apoderado "(...) nada obsta para que un comprador le diga al vendedor en donde (sic) quiere que se realice la entrega del bien comprado".

Por otra parte, en lo que se refiere a los condicionamientos impuestos por FEDEGAN en su política de compras, el representante de la investigada realizó varias manifestaciones.

Se alega que los criterios y lineamientos de compra fueron aplicados de manera general y objetiva, obviando los posibles efectos positivos o negativos que podrían tener sobre uno u otro laboratorio. La intención fue la de proteger al sector a nivel nacional y nunca la de perjudicar a un laboratorio específicamente. En el mismo sentido, se tilda de equivocada la apreciación de la DELEGATURA según la cual, las vacunas de los 3 oferentes fueran iguales y tuvieran la misma calidad por el hecho de contar con la aprobación del ICA. Se justifica, entonces bajo esta óptica, la decisión de adquirir exclusivamente vacuna nacional en el riesgo que en su momento podían representar las vacunas importadas con otras cepas que podrían introducir un virus vivo que pudiera tornarse inmune. Respecto a la exigencia de FEDEGAN, se afirma en el escrito:

"La autorización del ICA para importar un producto al país, no implica que sean productos de mejor o igual calidad a los producidos en Colombia. En el presente caso, la autorización de importación del antígeno otorgado por el ICA a LAVERLAM, no implicaba que FEDEGAN no pudiera exigir el requisito que se cuestiona en el informe motivado".

Sobre este punto concluye el Abogado que no se encuentra dentro del expediente prueba alguna que demuestre que las vacunas adquiridas hayan sido de menor calidad o nivel tecnológico que las ofrecidas por LAVERLAM. En su opinión, cualquier empresario con o

sin posición dominante puede exigir calidades y requisitos específicos para la compra de los productos que requiere,

(e) Carencia de sentido económico en el planteamiento de la DELEGATURA

Para el Apoderado, todo caso de competencia debe tener un sentido económico y en su opinión, algunos aspectos del caso estudiado por la forma como se encuentran planteados por la DELEGATURA no la tienen. Como primera media, se afirma que teóricamente quien abusa de su posición de dominio en la compra de un bien, busca reducir el precio del producto que adquiere con el fin de obtener mayores utilidades. Así, si la conducta no representa beneficio alguno para quien la ejecuta, no puede ser considerada contraria a la competencia.

Conforme a lo anterior, en opinión del Abogado, el caso bajo análisis encuadra dentro del concepto de "falso positivo" reconocido por la doctrina internacional, en donde se sanciona a una empresa por una conducta que no es anticompetitiva. Sobre la racionalidad de la conducta, se aduce expresamente en el escrito lo siguiente:

"(...) el efecto económico que se derivaría de la conducta valorada por la SIC, sería el posterior aumento de precios por parte de VECOL, quien sería el monopolista en el mercado de venta de la vacuna. En otras palabras, FEDEGAN ejecutó una conducta encaminada a convertir a VECOL en un monopolista que, al ser tal, va a cobrar más por su vacuna anti-aftosa, con lo cual FEDEGAN estaría realizando una conducta para aumentar sus propios costos de compra".

De acuerdo con el planteamiento presentado, un empresario no está obligado a explicar las razones por las que escoge un producto de acuerdo con sus preferencias; esta decisión de conformidad con la esencia de una economía de mercado se basa en la eficiencia de los proveedores y con la acusación realizada, uno de dichos proveedores, en este caso VECOL, estaría llamado a convertirse en monopolista lo que se podría volver ineficiente en contra de los mismos intereses de FEDEGAN, lo cual no tiene sentido económico. Se concluye sobre este aspecto:

"(...) no existe razón sólida (sic) para que FEDEGAN se beneficie de la limitación de la competencia en el mercado de producción y distribución de la vacuna anti-aftosa. El informe motivado, en este aspecto no indica cuales (sic) son los beneficios que obtendría FEDEGAN y el efecto perjudicial para la competencia del actual de FEDEGAN".

Por último, se alega que esta Entidad no está facultada para exigirle a su representada ni la eliminación de la restricción de compra de la vacuna ni la adecuación de los términos de referencia, ya que los empresarios son libres de ajustar sus criterios objetivos o subjetivos cuando deciden comprar un producto. Aceptar esa posibilidad implicaría en su opinión la conversión de la Superintendencia en un regulador, para lo cual no está autorizada ni legal ni constitucionalmente.

6.2. ARGUMENTOS DEL APODERADO DE LAVERLAM

Mediante comunicación radicada bajo el número 07-136989-00244-01 del 10 de enero de 2012, el Apoderado de LAVERLAM, empresa reconocida como tercero interesado en el

trámite, presentó sus opiniones al Informe Motivado, cuyo resumen se presenta a continuación:

El Apoderado divide sus conclusiones sobre los resultados de la investigación en 3 capítulos. En el primero, manifiesta su conformidad parcial con las conclusiones presentadas por el Superintendente Delegado en el Informe Motivado. En el segundo, indica los motivos por los cuales FEDEGAN en su concepto infringió todas y cada una de las conductas por las cuales fue abierta la investigación en su contra y, en el tercero, señala algunos elementos de juicio adicionales que deben ser tenidos en cuenta para analizar las prácticas, procedimientos y sistemas restrictivos, impuestos por FEDEGAN. El Apoderado manifiesta su conformidad parcial con las conclusiones presentadas por el Superintendente Delegado en el Informe Motivado, para lo cual delimita los elementos frente a los que difiere.

6.2.1. Delimitación del mercado relevante

Sobre este punto sostiene que, teniendo en cuenta la definición de mercado relevante realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, *"el mercado relevante implica la existencia de una relación de intercambio, por lo cual no podría ser únicamente la compra de la vacuna antiaftosa a los laboratorios"*.

Señala que considerar la existencia de un mercado conexo no es posible jurídicamente y que por el contrario, en la presente investigación se analizaron y se concluyó que existió abuso en dos mercados relevantes distintos, aunque relacionados: (i) el mercado de oferta y venta de la vacuna antiaftosa, en el cual participan los laboratorios como oferentes y FEDEGAN y las OGG como demandantes y, (ii) el mercado de comercialización de la vacuna en el cual actúan FEDEGAN y las OGG como oferentes y los ganaderos como demandantes. Respecto del primer mercado, sostiene que se probó que FEDEGAN abusó de su posición dominante, en su condición de monopsonista de facto para favorecer al laboratorio VECOL, afectando la participación de LAVERLAM y LIMOR y disuadiendo a los otros compradores de vacuna de que lo hicieran directamente.

En cuanto al segundo mercado relevante, señala que se probó que FEDEGAN abusó de su posición dominante, como monopolista de facto, atando la venta de la vacuna a la aplicación de la misma y excluyendo otras posibilidades de aplicación de la vacuna para los ganaderos. Indica además, que no hace falta que FEDEGAN se apalanque en ningún otro mercado para que se configuren conductas abusivas en el mercado de distribución, pues FEDEGAN tiene posición dominante en el mismo.

6.2.2. Sobre la determinación de la Posición Dominante

Solicita el Apoderado que el Despacho del Superintendente confirme que FEDEGAN ostenta posición dominante en los mercados de (i) producción y compra de la vacuna antiaftosa y (ii) venta y aplicación de la misma por los siguientes motivos:

- En el mercado de producción y compra de la vacuna antiaftosa FEDEGAN es monopsonista y fue probado que las condiciones de este mercado (cuotas de producción, precio de las vacunas, sitios de distribución, entre otras) fueron determinadas directamente por FEDEGAN.

- En el mercado de venta y aplicación de la vacuna FEDEGAN es monopolista y cuenta con la posibilidad de determinar las condiciones del mismo como lo son los precios de venta al ganadero y los canales de colocación.

6.2.3. Sobre las actividades comerciales y como administrador de tributos de FEDEGAN

El Apoderado difiere de la posición del Superintendente Delegado, según la cual la DELEGATURA se pronunciaría respecto de las actividades de naturaleza comercial y no respecto de sus actividades como administrador de los recursos parafiscales del Fondo Nacional del Ganado.

Al respecto, señala que en varias de las manifestaciones del Superintendente Delegado fue reafirmado que *"uno de los engranes del esquema restrictivo e ilegal de Fedegán estuvo fundamentado en su condición de administrador de los recursos del Fondo Nacional del Ganado – FNG. (...)"*. Sobre el uso de los recursos frente a la compra de la vacuna a los laboratorios, específicamente afirma que, tal y como lo explicó el Delegado en el Informe Motivado, *"la condición de administrador del FNG es una barrera estructural para otros potenciales compradores de vacuna, por lo cual es improbable que otros agentes compren a los laboratorios la vacuna (...)"*.

En cuanto al uso de los recursos parafiscales frente a la venta y aplicación de la vacuna afirma que la condición de administrador del FNG y las actividades comerciales de FEDEGAN no son inescindibles, razón por la que solicita al Despacho del Superintendente que sea afirmativo en que el uso de las contribuciones parafiscales es parte del esquema que se investigó, aunque únicamente para los propósitos de determinar la conducta restrictiva. En su opinión, deberían aplicarse agravantes antes que atenuantes por cuanto ha utilizado recursos de naturaleza pública para implementar y desarrollar su conducta anticompetitiva. Solicita que al ser las contribuciones parafiscales que FEDEGAN administra recursos públicos, el Despacho del Superintendente se pronuncie de manera expresa sobre la utilización de los recursos del FNG dentro del esquema impuesto por FEDEGAN.

6.2.4. Sobre las conductas abusivas por determinación de condiciones discriminatorias

El representante de LAVERLAM difiere radicalmente de la conclusión a la que arribó la DELEGATURA, según la cual no encontró probada la imposición de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un proveedor en situación desventajosa, frente a otro proveedor de condiciones análogas. En su concepto, se observa en el expediente y en las manifestaciones del Informe Motivado que sí existió un claro favorecimiento injustificado para VECOL, discriminando y perjudicando a los otros dos laboratorios en su relación contractual con FEDEGAN. Indica que al realizar una valoración conjunta del material probatorio obrante en el expediente, se encuentra que FEDEGAN actuó con intereses anticompetitivos para favorecer a un agente económico, en perjuicio de sus competidores y del mercado en general.

Para el Apoderado las ofertas de los tres laboratorios sí eran análogas, y las diferencias entre una y otra tenían su origen real en FEDEGAN. Así, realiza un análisis de las justificaciones realizadas por el Superintendente Delegado en el Informe Motivado frente a las diferencias de trato entre VECOL y LIMOR y VECOL y LAVERLAM. Teniendo en

"Por la cual se imponen unas sanciones"

cuenta que el Delegado justificó la discriminación en el trato entre VECOL y LIMOR basándose en que: (i) entre 2007 y 2009, VECOL ofreció descuentos por pronto pago y (ii) en 2010 la cantidad de vacuna ofrecida por VECOL fue superior a la ofrecida por LIMOR, el Apoderado, considerando las pruebas obrantes en el expediente, señala que la discriminación en el mercado de producción y compra de vacunas resulta ilícita al ser impuesta de forma unilateral y sin criterios objetivos.

En criterio del Abogado, contrario a lo señalado en el Informe Motivado, según lo cual "no se encuentran medios probatorios que sustenten que ofertó en las mismas condiciones comerciales que VECOL", en el expediente obran pruebas de las ofertas de LAVERLAM en las que se observa que algunos aspectos de la oferta de LAVERLAM eran mejores que los de la oferta de VECOL.

Específicamente, señala sobre las vacunas de LAVERLAM que el precio de venta era idéntico al precio de los demás laboratorios que cumplían con los estándares y controles de calidad necesarios para poder ser comercializadas en Colombia, que las cantidades ofrecidas eran predeterminadas por FEDEGAN, y que ofrecía mayor contenido por cada vacuna y mejor calidad en los insumos de la misma.

También se aparta el Apoderado de la conclusión presentada en el Informe Motivado según la cual "la simple participación minoritaria de Fedegán y los Comités Ganaderos en Vecol [...] el interés económico de Fedegán y los Comités Ganaderos en Vecol, no es suficiente para encontrar razonable la supuesta estrategia realizada por Fedegán".

Al respecto, considera que es indiferente el hecho de que FEDEGAN y los Comités Ganaderos tengan una participación mayoritaria o minoritaria en VECOL, sino que por el contrario, el simple hecho de tener una participación en una de las empresas, aunado al especial deber de cuidado por tener una posición dominante, es por sí solo conflictivo. En segundo lugar, sostiene que existe otro interés intrínseco a la calidad de accionista de FEDEGAN, y es el relativo al ejercicio de los derechos políticos que le da tal condición, ya que FEDEGAN como miembro de la Junta Directiva de VECOL, tiene un poder sobre el manejo de la empresa y por ende sobre la oferta del 70% de las vacunas antiaftosa que están en el mercado.

Se concluye en el escrito presentado que con base en la valoración conjunta de todo el acervo probatorio, es posible establecer que la preocupación de FEDEGAN no era exigir un riesgo cero, sino fortalecer al productor nacional VECOL frente a los importadores, particularmente del antígeno.

6.2.5. Sobre las conductas abusivas por obstrucción de acceso al mercado

A juicio del Abogado, el Informe Motivado contiene una serie de verbos que no deberían usarse para valorar la conducta anticompetitiva en cuestión. Lo anterior, toda vez que la norma únicamente habla de "obstruir o impedir" mientras que en el Informe Motivado son utilizados indistintamente los verbos "obstruir", "dificultar", "imposibilitar" e "impedir". Difiere de lo afirmado por el Delegado, según lo cual debe probarse no sólo la estrategia comercial, sino también la capacidad de producir efectos anticompetitivos por esa conducta y finalmente señala que "la norma no prevé que deba probarse esa capacidad, y por ser una norma de tipo sancionatorio no puede la Superintendencia añadir o remover elementos del supuesto de hecho del precepto".

El Apoderado difiere de la conclusión del Delegado, según la cual FEDEGAN no obstruyó ni impidió que LAVERLAM o LIMOR participaran en el mercado de producción y venta de la vacuna antiaftosa. En relación con LAVERLAM, señala que se probó que FEDEGAN estableció una barrera de acceso para impedir la participación de los competidores de VECOL, con la excusa de exigir riesgo cero en las vacunas de LAVERLAM. Considera igualmente que *"es absolutamente improcedente la afirmación sobre que [...] no se puede afirmar que la causa de la salida de LAVERLAM del mercado sea exclusivamente la restricción impuesta por FEDEGAN [...]"*, puesto que en ninguna parte se exige que para reprochar una conducta abusiva y anticompetitiva, tenga que ser *"la causa exclusiva"* que lleve al estado de insolvencia a una empresa".

Considera que la conducta obstructiva de FEDEGAN fue una de las causas de la situación de insolvencia de LAVERLAM y que ha llevado a LIMOR a una situación crítica. Así, sostiene que la conducta de FEDEGAN ha dificultado la subsistencia de los competidores de VECOL, quienes han participado ofreciendo las mismas o mejores condiciones que éste laboratorio y aún así no han aumentado su participación en el mercado.

Se hace también referencia en el documento radicado a la gravedad de la conducta de FEDEGAN desde la óptica constitucional, puesto que afecta directamente el 'núcleo esencial' de la libertad de la competencia. Por lo tanto, se solicita al Superintendente de Industria y Comercio que haga una declaración de reproche en contra de este tipo de prácticas, que además de ser ilegales, son inconstitucionales y carecen de cualquier protección en el ordenamiento jurídico colombiano.

6.2.6. Sobre las conductas abusivas por ventas atadas

En opinión del Abogado, la Superintendencia sí verificó el hecho de que FEDEGAN transfería los costos de aplicación de la vacuna a los ganaderos a través del precio de la misma, para que de esta manera, aquel que quisiera obtener la vacuna debía también contratar la aplicación de la misma. Señala que la claridad de la conclusión a la que llegó el Superintendente Delegado es irrefutable, pues de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente se encuentra claramente establecida la manera en que FEDEGAN traslada parte de los costos de la aplicación de la vacuna mientras afirma que es un servicio gratuito.

Si bien es cierto que existe la posibilidad de que las organizaciones autorizadas por el ICA realicen, supervisen o autoricen la aplicación de la vacuna, el hecho de tener que pagar nuevamente por el mismo servicio se convierte en el mayor elemento de coerción, toda vez que la vacunación ya fue pagada ex ante.

Manifiesta el Apoderado que no es posible considerar que exista alguna justificación al comportamiento de FEDEGAN mediante el cual ata la vacuna a la aplicación de la misma, como lo hace el Delegado al presentar un acápite denominado "eficiencias de la vinculación entre la venta y la aplicación de la vacuna". En su criterio, la presente actuación no se está juzgando ni el diseño de políticas públicas contra la fiebre aftosa ni la implementación del sistema como originalmente estaba pensado y los beneficios derivados del mismo. La conducta investigada no podría ser calificada como eficiente, toda vez que lo que está haciendo es engañar a los ganaderos al afirmar que el servicio de aplicación de la vacuna es gratuito cuando es sufragado por los mismos ganaderos y ata de esta manera la venta y el servicio de vacunación.

Finalmente, solicita al Superintendente de Industria y Comercio hacer caso omiso de las anotaciones sobre *"eficiencias del sistema"*, declarar que FEDEGAN sí incurrió en la infracción del artículo 50 numeral 3, expresar el reproche de la Autoridad Nacional de la Competencia frente a este tipo de comportamientos ilícitos y ordenar la modificación inmediata de esas conductas.

6.2.7. Sobre la implementación de prácticas, procedimientos y sistemas restrictivos

En cuanto a los precios, se manifiesta que los precios bajos de las vacunas se han obtenido a partir del abuso de la posición dominante de FEDEGAN y no a través de una vigorosa competencia entre los laboratorios. Por su parte, respecto a los sitios de distribución señala el Abogado que la determinación unilateral de FEDEGAN de los sitios de despacho de las vacunas, sin justificación alguna más que el capricho e intereses de FEDEGAN en VECOL, hace que la estructura de costos de cada laboratorio sean diferentes, lo cual debería reflejarse en precios distintos según cada caso. En la misma línea, al referirse a la cantidad de vacunas en el mercado, considera que FEDEGAN *"haciendo uso del programa, monoposonizó totalmente el mercado, abusando de la campaña para que todo el producto se canalizara por ahí"*. Así, indica que el mecanismo de producción y comercialización debe reprocharse y modificarse.

Finalmente, indica que otro de los beneficios de la libre competencia que no se reportó al consumidor final es la calidad de las vacunas, la cual es determinada principalmente por el adyuvante que usa cada laboratorio.

6.2.8. FEDEGAN obstruyó e impidió el acceso a los canales de comercialización

Considera el Apoderado que FEDEGAN obstruyó e impidió la participación de LAVERLAM en el mercado, cuando, al no encontrar justificación para que otro agente entrara al mercado, se negó a acoger los conceptos del ICA y las observaciones del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Manifiesta que existen en el expediente pruebas que permiten ver que las discusiones sobre el nivel de riesgo derivado de la importación de antígenos, desde hace bastante tiempo es clara para el ICA como única autoridad técnica que debe conceptuar al respecto, y también para los agentes económicos que están en este mercado. Adicionalmente, indica que el tema de bioseguridad es una clasificación internacional y no exclusivamente colombiana y que es por esta razón que los laboratorios colombianos pueden exportarla a otros países.

En su concepto, para FEDEGAN y los demás agentes debería ser indiferente la manera en la cual se coloque la vacuna en el mercado nacional mientras que ésta cumpla con los estándares técnicos de bioseguridad y esté aprobada por el ICA. Por esta razón, y dado que no existe prohibición para implementar estrategias empresariales que incluya la importación del antígeno o adyuvante, considera que las estrategias de cada laboratorio para poner lícitamente las vacunas en el mercado no pueden ser descartadas *a priori* por FEDEGAN u otro sujeto.

Señala el representante de LAVERLAM que obran pruebas en el expediente sobre las manifestaciones que el Gobierno ha hecho acerca de las conductas investigadas, como lo es el concepto del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural del 16 de abril de 2007, el cual no fue mencionado en el Informe Motivado, y que reviste gran importancia para vislumbrar la licitud de la conducta de FEDEGAN. Así, sostiene que *"haber fijado"*

directamente los precios de las vacunas (...), a través de las circulares que se enviaban a los laboratorios es abiertamente ilegal".

Sostiene que desde que FEDEGAN entró al mercado, los ganaderos sólo pueden pedir una determinada cantidad de dosis, sin preferencia de marca de la vacuna. Para el Apoderado es abiertamente ilegal cualquier negativa o maniobra evasiva para venderle a un ganadero una u otra marca de vacuna antiaftosa.

Por último, afirma el Apoderado que los elementos normativos de las conductas infringidas por FEDEGAN, así como su interpretación, deben seguir unos cánones que la jurisprudencia ha decantado y los cuales debe seguir el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Así, concluye que *"la Superintendencia no puede exigir para las conductas restrictivas de Fedegán, que se verifique un resultado o efecto, lo cual a lo sumo será un agravante de sus esquemas anticompetitivos por los daños que hubiera causado al mercado"*.

**6.2.9. Sobre la identificación de prácticas, procedimientos y sistemas restrictivos:
Orden administrativa de desmonte**

Considera el Abogado que es indispensable y más importante que la imposición de la sanción pecuniaria, que el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio ordene a FEDEGAN que termine las conductas anticompetitivas que se encontraron probadas en la presente actuación administrativa. En su concepto, la falta de claridad en los términos de referencia y en general al proceso de contratación, se debió principalmente a que los laboratorios no participaban en igualdad de condiciones, lo cual es un pilar fundamental de la libre competencia y del sistema jurídico colombiano. Resalta que *"lo que ha hecho FEDEGAN es simular y aparentar un escenario de competencia, aunque en verdad elija "a dedo" a quien le va a comprar"*.

Para el Apoderado es suficiente para declarar la infracción plena y absoluta de las normas de protección de la competencia, el hecho de que un monopsonista no de garantía de una conducta responsable frente al mercado y, de que se pruebe la manera cómo favorece a una empresa para que se consolide como su vendedor. De esta forma, se hace una petición al Superintendente para que imparta una instrucción con el fin de que se realicen procesos de contratación que partan de los siguientes supuestos: (i) observancia de los principios de contratación pública, especialmente de transparencia y de selección objetiva, siempre que se involucren recursos parafiscales en la contratación; (ii) libertad de los ganaderos para elegir la marca de la vacuna cuando no se utilicen recursos del FNG; (iii) cuando no se utilicen recursos del FNG, FEDEGAN deberá realizar una contratación transparente, evitando discriminar injustificadamente u obstruir e impedir el acceso a los canales de comercialización.

Además, se solicita que en uso de la facultad contenida en el Decreto 1687 de 2010 artículo 1 numeral 6, se ordene a FEDEGAN que corrija cada una de las prácticas, procedimientos y sistemas restrictivos de la libre competencia. Indica que particularmente debe desmontarse cualquier sistema, práctica o procedimiento que afecta la transparencia en la contratación que hace FEDEGAN a los laboratorios productores de vacuna aftosa, teniendo en cuenta que: (i) cuando se financie, temporalmente o no, con recursos públicos del FNG, las compras deben guiarse por los principios de la contratación pública y las condiciones para participar y para evaluar las ofertas deberán ser claras y objetivas desde un inicio; y (ii) cuando no use recursos parafiscales, deberá actuar de forma equitativa y

responsable, teniendo en cuenta el poder de mercado que ostenta y la obligación de dar un trato igualitario y objetivo para todos los participantes del mercado.

SEPTIMO: Que mediante Resolución No. 0977 del 22 de marzo de 2012, el Ministro de Comercio Industria y Turismo resolvió declarar infundado el impedimento¹⁴ presentado por el Superintendente de Industria y Comercio en el presente caso. Por lo tanto, este Despacho continuó con el procedimiento aplicable contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹⁵

OCTAVO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 4 de junio de 2012 se escuchó al Consejo Asesor en el que dos de sus miembros recomendaron al Superintendente acoger la recomendación presentada por el Delegado, mientras que uno tercero indicó que estaría de acuerdo con sancionar bajo la consideración de que la razón para la no compra a LAVERLAM se hubiera presentado en razón del origen de la cepa. Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

8.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "Velar 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".

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁶ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".

¹⁴ El 25 de enero de 2012, mediante comunicación radicada con el número 12-10771-0, el Superintendente de Industria y Comercio puso a consideración del de Comercio Industria y Turismo un posible impedimento, cuya respuesta se dio a través del oficio No. 07-1369989-00245-01 del 16 de febrero de 2012 en el sentido de señalar que la manifestación del impedimento debía ser realizada de manera personal y precisa sobre la existencia de las razones para declararse impedido. Posteriormente, se radicó nuevamente el impedimento en cuestión mediante comunicación radicada con el número 12-10771-1-0 del 22 de febrero de 2012, resuelta por la Resolución 0977 del 22 de marzo del mismo año. (Ver folios 4156 y siguientes del Cuaderno No. 15 del Expediente).

¹⁵ Modificado por la Ley 1340 de 2009 y por el Decreto 019 de 2012.

¹⁶ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

8.2. MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 33970 del 30 de junio de 2010, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción a las siguientes normas, cuya interpretación se precisará con posterioridad en la presente Resolución:

8.2.1. Conductas constitutivas de abuso de posición dominante

La investigación se inició con el fin de determinar posibles infracciones de las incluidas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, referidas a abusos de posición dominante. Específicamente, se trata de los numerales 2, 3 y 6, del mencionado artículo, los cuales establecen:

- Conducta constitutiva de discriminación

"2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas."

- Conducta constitutiva de ventas atadas

"3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones. (...)"

- Conducta constitutiva de obstrucción

"6. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."

8.2.2. Prohibición general

Además de lo anterior, se consideró como otra de las posibles infracciones la de afectar una limitación de la libre competencia emanada de las políticas implementadas por la investigada en el mercado. El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que dispone:

"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"

8.3. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Si bien en el Informe Motivado elaborado por la DELEGATURA se realizó una descripción del mercado relevante, este Despacho retomará los conceptos allí expuestos, en aras de compartir la definición realizada por la DELEGATURA o realizar las precisiones que resulten procedentes.

8.3.1. Mercado de producto

a) El virus de la fiebre aftosa

Señala el Informe Motivado que el virus de la fiebre aftosa es una enfermedad vesicular, epidémica del ganado bovino, ovino, porcino y caprino, de causa viral y altamente contagiosa. Sus principales síntomas son fiebre alta; úlceras pequeñas en la boca (aftas) y erosiones originadas de vesículas y flictenas en las pezuñas y la ubre¹⁷. Es considerado como un virus altamente infeccioso y de gran transmisibilidad entre el ganado. Se transmite por el contacto directo o indirecto con animales, humanos, vehículos, artefactos y aerotransportación, especialmente en zonas templadas¹⁸.

El virus causal es del género *Aphthovirus*, proviene de la familia Picornaviridae y está formado por siete serotipos inmunológicamente distintos: A, O, C, SAT1, SAT2, SAT3 y Asia1. Lo anterior implica que la infección por uno de los serotipos no previene la infección por otro de los serotipos, y que la vacuna anti-aftosa debe formularse de acuerdo con el virus específico que se pretende controlar.

En 1950 el virus de la fiebre aftosa se introdujo al país por medio del ingreso, al departamento de Arauca, de animales infectados procedentes de Venezuela. En Colombia se han identificado los serotipos A, O y C. Los dos primeros se difundieron por todo el país, mientras que el serotipo C se presentó solo en dos ocasiones en el departamento del Amazonas y fue erradicado mediante sacrificio sanitario y vacunación y no ha vuelto a registrarse en ninguna región del país¹⁹.

b) La vacuna Anti-aftosa

Como lo expone la DELEGATURA en el Informe Motivado, la vacuna o biológico es un preparado de antígenos a base de virus o bacterias muertas o debilitadas que se introduce dentro del organismo para que éste desarrolle anticuerpos que le permitan responder y defenderse ante la presencia de microorganismos patógenos. Específicamente, la vacuna anti-aftosa es utilizada como herramienta para prevenir y eliminar los brotes del virus de la fiebre aftosa entre el ganado bovino, ovino, porcino y caprino, que traen como consecuencia grandes pérdidas económicas producto de pérdidas físicas, costos de tratamiento de animales enfermos y costos por control y eliminación de episodios²⁰.

¹⁷ Folio 1254 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente Pronunciamiento del ICA respecto a la Resolución de Apertura de la Investigación.

¹⁸ http://web.oie.int/esp/maladies/fiches/e_A010.htm Consultado el 8 de septiembre de 2011.

¹⁹ Folios 1254 a 1255 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente Pronunciamiento del ICA respecto a la Resolución de Apertura de la Investigación.

²⁰ Folio 1251 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

5-2-040-9-12

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012 Hoja N° 23

"Por la cual se imponen unas sanciones"

presente Resolución el precio de venta de la vacuna al ganadero es determinado por FEDEGAN, más no el precio de compra a los laboratorios.

La vacuna no cuenta con sustitutos debido a que es el único producto en el mercado capaz de prevenir la enfermedad producida por el virus de la Fiebre Aftosa con sus mismas características y precios.

c) El Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa

Desde el año 1950 existe en Colombia normatividad que busca erradicar el virus de la fiebre aftosa del país. Sin embargo, según lo señalado por el ICA, el programa y las normas anteriores a 1997 no tuvieron resultados en el control y la erradicación de la enfermedad, debido a que la vacuna era comercializada libremente de acuerdo con el ciclo de vacunación y era responsabilidad exclusiva del ganadero²³.

Fue así como con la expedición de la Ley 395 de 1997, el Decreto 3044 de 1997 y la Resolución ICA 1779 de 1998 se implementó a nivel nacional el modelo que ya había sido probado en la Sabana de Bogotá, Valles de Ubaté y Chiquinquirá, en el que el ICA conjuntamente con los ganaderos, los laboratorios productores del biológico y otras entidades del sector agropecuario llevaron a cabo la vacunación de manera directa.

La información allegada al expediente ilustró, tal y como se expuso en el Informe Motivado, que las normas citadas anteriormente diseñaron un modelo de cooperación entre el sector público y el sector privado. Adicionalmente, se creó la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa como organismo de carácter consultivo y asesor del Gobierno Nacional²⁴.

En primer lugar, el ICA realiza las labores de autorización, verificación, supervisión y seguimiento del programa. Específicamente, tiene dentro de sus funciones, las de: (i) realizar el diagnóstico etiológico de fiebre aftosa en el país, (ii) establecer la fecha de los ciclos de vacunación y (iii) controlar la calidad del biológico utilizado para la erradicación de la enfermedad, entre otras²⁵.

Por su parte, de acuerdo con los artículos 7 y 9 de la mencionada ley, las Organizaciones o Comités Ganaderos (OGG) y FEDEGAN²⁶ se encuentran encargadas de ejecutar la

muy difícil que lo tengan en cuenta en la comercialización, es muy difícil fijar marca, las condiciones del negocio hacen que la fijación de marcas sea muy difícil, así los laboratorios sean diferente, por ejemplo, cuando producía LAVERLAM el aceite que utiliza LAVERLAM o el aceite que podía utilizar ahorita lo están comprando como a \$3 dólares, es un aceite de pésima calidad, entonces, pero el precio es el mismo, entonces no hay forma de, no hay forma de que comprador pueda percibir esa calidad, por el sistema de comercialización que tiene el producto que dicen que está enmarcado de la ley de la aftosa, que maneja el Fondo Nacional del Ganado y Carne.

²³Folios 1271 y 1272 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente Pronunciamento del ICA respecto a la Resolución de Apertura de la Investigación de los procedimientos de comercialización de la vacuna.

²⁴ Ley 395 de 1997, artículo 4.

²⁵ Ley 395 de 1997, artículo 6.

²⁶ Señala el Informe Motivado que FEDEGAN es una organización gremial sin ánimo de lucro que agrupa, en calidad de afiliadas o adscritas, a las organizaciones gremiales ganaderas regionales y locales (OGG), como también a otro tipo de entidades vinculadas a la actividad ganadera nacional. El objetivo de FEDEGAN es representar y defender los intereses colectivos de los ganaderos ante la institucionalidad pública, privada y la sociedad, así como responder a las expectativas y necesidades de la actividad ganadera, y recaudar y administrar los recursos de la parafiscalidad (Fondo Nacional del Ganado – FNG).

campaña y registrar los ciclos de vacunación. En efecto, el artículo 7 de la Ley 395 de 1997 establece que *"Las organizaciones de ganaderos autorizadas por el ICA y otras organizaciones del sector, para la ejecución de la campaña contra la fiebre aftosa, además de cumplir con sus objetivos estatutarios, deberán dedicarse a combatir esa enfermedad, de acuerdo con las normas establecidas sobre la materia"*.

En cuanto a la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, ésta tiene dentro de sus funciones la de asegurar que la vacuna anti-aftosa y su aplicación represente un "costo mínimo" para el ganadero²⁷. Respecto del papel que juegan los laboratorios productores de vacuna anti-aftosa dentro del Programa, el artículo 18 de la Ley 395 de 1997 establece que éstos son los *"responsables de mantener a disposición comercial el biológico en los lugares, periodos, y cantidades dispuestos en los planes regionales y nacionales y del estricto cumplimiento de las normas sanitarias y de control dictadas por parte del ICA, o la entidad que haga sus veces"*.

El Decreto 3044 de 1997 y la Resolución 1779 de 1998 reglamentaron la Ley 395 de 1997, es así como, según los artículos 8 y 9 de la Resolución 1779 de 1998, la comercialización de la vacuna, entendida como la **distribución y aplicación** de la misma, es efectuada exclusivamente por las organizaciones autorizadas por el ICA siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos. Dichas organizaciones corresponden a las organizaciones ejecutoras o a FEDEGAN – Fondo Nacional del Ganado - en las zonas donde éstas no existan. En efecto, dichos artículos establecen:

"DE LA COMERCIALIZACIÓN DE LA VACUNA

ARTÍCULO OCTAVO.- *La comercialización de la vacuna sólo podrá ser realizada por las organizaciones autorizadas por el ICA, como ejecutoras de los proyectos locales, siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: (...)*

PARÁGRAFO: *En aquellas regiones donde no existan organizaciones ejecutoras autorizadas, Fedegan – Fondo Nacional del Ganado deberá concertar la venta de la vacuna con los almacenes distribuidores acreditados por el ICA, para garantizar la disponibilidad de la vacuna a los ganaderos en esas zonas.*

ARTÍCULO NOVENO.- *Las organizaciones autorizadas para la venta y aplicación de la vacuna sólo podrán hacerlo libremente durante los ciclos de vacunación establecidos; en cualquier otro período, se requerirá autorización por parte del ICA o de quien éste delegue para la vacunación.*

(...)" (Negrilla fuera de texto).

En cuanto al registro de la vacunación, se debe tener presente que el Registro Único de Vacunación Antiaftosa (RUV), establecido mediante el parágrafo del artículo 9 de la mencionada resolución, es un requisito indispensable para obtener la Guía Sanitaria de Movilización Interna o Licencia de Movilización, del ganado y para la comercialización del

²⁷ Ley 395 de 1997, artículo 5.

mismo. La impresión y distribución del RUV a los comités ejecutores, es responsabilidad de FEDEGAN – FNG²⁸

La aplicación y el registro de la vacuna durante los ciclos de vacunación, sólo puede ser realizada por las organizaciones autorizadas por el ICA. Dichas organizaciones pueden definir los requisitos internos para aplicar directamente la vacuna, supervisar su aplicación o autorizar al ganadero para efectuarla²⁹. Sobre la posibilidad de que la vacuna sea aplicada directamente por los ganaderos, vale la pena recordar que en el Informe Motivado se recogen testimonios en los que se señala que esta posibilidad existe y que efectivamente se ha dado, aunque de manera excepcional, la aplicación de la vacuna por agentes distintos a Cohorizonte³⁰, que es la cooperativa contratada por FEDEGAN con los recursos del Fondo Nacional del Ganado – FNG- para realizar la aplicación de la vacuna.

El presupuesto del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa está compuesto por los siguientes rubros: costos operativos (fijos y variables), nómina del programa de sanidad animal, transporte de profesionales y vacunadores, dotación de insumos para la ejecución de los ciclos, capacitación y eventos, divulgación, control de focos, vigilancia epidemiológica, gastos generales, compra de vacuna e intermediación³¹. Los recursos para el funcionamiento del Programa fueron establecidos en el artículo 16 de la Ley 395 de 1997.

"Artículo 16. DE LOS RECURSOS DEL PROGRAMA NACIONAL DE ERRADICACION DE LA FIEBRE AFTOSA. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 925 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> "El programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa contará para su funcionamiento con los siguientes recursos:

- Por lo menos el treinta por ciento (30%) de los recaudos del Fondo Nacional del Ganado.

- Los recursos causados por multas impuestas con fundamento en la presente ley y los demás recursos que el ICA destine para el cumplimiento del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa.

- Los recursos que los Fondos Ganaderos destinen a la erradicación de la fiebre aftosa, en todo caso no menos del treinta por ciento (30%) del rubro de Extensión Agropecuaria.

- Otros recursos de fuente nacional e internacional.

PARÁGRAFO 1o. La afectación de recursos a que se refiere el presente artículo, terminará una vez se hayan cumplido los objetivos de la presente ley.

²⁸Resolución ICA 1779 de 1998, Artículo NOVENO. PARÁGRAFO.- "Se establece el REGISTRO ÚNICO DE VACUNACIÓN ANTIAFTOSA, para la venta y registro de la misma Fedegan – Fondo Nacional del Ganado – será el responsable de su impresión y distribución a los comités ejecutores. Fedegan – Fondo Nacional del Ganado – y demás entes autorizados, a través de las Unidades Locales del ICA".

²⁹Resolución ICA 1779 de 1998, Artículo DÉCIMO. PARÁGRAFO: "Las organizaciones autorizadas podrán definir los requisitos internos para aplicar directamente la vacuna, supervisar su aplicación o autorizar al ganadero para efectuarla".

³⁰ Testimonios de Luis Fernando Salcedo, Gerente Técnico del FNG y Ricardo Camacho, Ganadero y Presidente de la Asociación de Ganaderos de Facatativá. Informe Motivado pp. 54.

³¹Respuesta del ICA a derecho de petición de información de fecha 18 de noviembre de 2006. Folios 3010 y 3011 del Cuaderno Reservado No. 4.

PARÁGRAFO 2o. La contribución de que trata el artículo 2o. de la Ley 89 de 1993, continuará siendo el cero punto setenta y cinco (0.75%) y del setenta y cinco (75%) de un salario diario mínimo legal vigente, por concepto de leche y carne, respectivamente. Los recursos correspondientes a este incremento se asignarán en un cincuenta por ciento (50%) al Programa Nacional de Erradicación de Aftosa, mientras se cumplen los objetivos de la presente ley. El restante cincuenta por ciento (50%) se destinará a la constitución de un fondo de estabilización para el fomento de la exportación de carne y leche y sus derivados en los términos establecidos en el Capítulo VI de la Ley 101 de 1993."

En Colombia la vacunación es obligatoria únicamente para la población bovina sin distinción de edad que se encuentre ubicada en las zonas del territorio nacional que no hagan parte de las zonas libres de aftosa sin vacunación³², la aplicación en otras especies debe ser previamente autorizada por el ICA. Esta actividad se realiza en todo el territorio nacional en 2 ciclos anuales que tienen una duración de 45 días cada uno. El primer ciclo se realiza entre los meses de mayo y junio y el segundo entre los meses de noviembre y diciembre. Las fechas específicas son establecidas por el ICA mediante resolución.

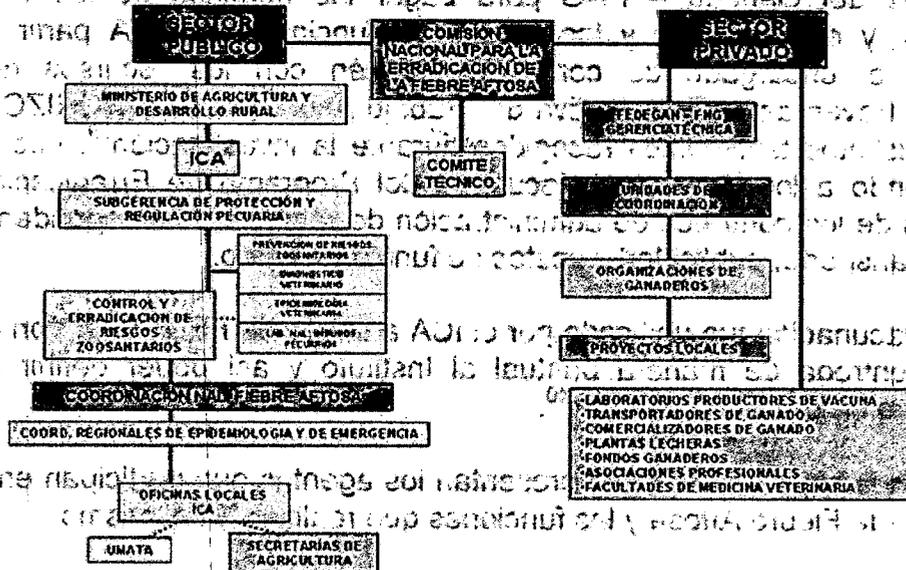
Ante el incumplimiento de las normas de la Resolución 1779 de 1998, el ICA podrá imponer las sanciones establecidas en el artículo 41 de dicha Resolución³³. La siguiente gráfica, allegada por el ICA y presentada en el Informe Motivado, muestra el sistema de erradicación de la fiebre aftosa en Colombia.

³² Resolución ICA 1779 de 1997, Artículo 3.- "Se establece la vacunación obligatoria para la especie bovina en todo el territorio nacional, exceptuando los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó, las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia, por ser consideradas libres de Fiebre Aftosa sin vacunación y aquellas que en el futuro, por estudios epidemiológicos, el ICA considere que no se deben vacunar".

³³ Resolución ICA 1779 de 1998, Artículo CUADRAGÉSIMO PRIMERO.- "Ante el incumplimiento de las normas contenidas en la presente Resolución, relacionadas con el registro de la finca, notificación de focos de enfermedades, vésiculares, vacunación, registro de la vacunación, movilización de animales y productos, cuarentenas, venta de vacuna fuera de ciclo, venta de vacuna por distribuidores no autorizados, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar, el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA podrá imponer mediante Resolución motivada que expedirá la Gerencia General o las Direcciones Seccionales del ICA, las siguientes sanciones: (...)".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Gráfica No. 1
Organigrama del Programa



Fuente: ICA. Folio 1269 del Cuaderno No. 8 del Expediente.

Cabe señalar que el fin último de la legislación para erradicar la fiebre aftosa en Colombia no es que los ganaderos compren vacunas anti-aftosa sino lograr que todo el ganado bovino sea vacunado contra la enfermedad y de esta manera combatirla y erradicarla.

Así, en la práctica, el ICA, a través de las resoluciones donde establece el periodo y las condiciones para realizar los ciclos de vacunación contra la Fiebre Aftosa y la Brucelosis Bovina, determina las organizaciones ganaderas, cooperativas y otras organizaciones del sector que pueden actuar como ejecutores de la vacunación³⁴. Dichas organizaciones requieren del apoyo de FEDEGAN – FNG para obtener la vacuna y demás requerimientos de logística, en forma oportuna y con el precio aprobado por la Comisión³⁵, durante el periodo que tal ente desempeñó esa función. En efecto, como se expone en el Informe Motivado, ante las fallas que se presentaron con el manejo individual por parte de cada OGG, ya que en algunas de estas organizaciones no pagaban la vacuna, la distribución del biológico no era uniforme para todos los ganaderos y el costo del mismo era diferencial en ciertos lugares, se recurrió a FEDEGAN como ente superior que las agrupara y organizara y de esta manera asegurar el éxito del Programa³⁶.

Las labores que realiza FEDEGAN consisten en la compra a los laboratorios de la totalidad de la vacuna necesaria para cada ciclo de vacunación, la coordinación de la entrega y distribución de la misma por parte de los laboratorios a las OGG en todo el país para su posterior venta al ganadero, el mantenimiento de la cadena de frío, el pago a los laboratorios y el recaudo del valor de la vacuna. De esta manera se asegura la disponibilidad de la vacuna y su oportuna distribución en todo el territorio nacional incrementando así las coberturas de vacunación³⁷.

³⁴ Folios 3557 a 3675 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente

³⁵ Respuesta del ICA a derecho de petición de información de fecha 18 de noviembre de 2006. Folio 3012 del Cuaderno Reservado No. 4.

³⁶ Folio 1259 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

³⁷ Folios 1263 a 1267 Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO **14-0912** DE 2012 Hoja N°. 28

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Hasta el año 2004 la aplicación de la vacuna fue efectuada por los vacunadores contratados por las OGG, quienes como ejecutoras del programa recibían los recursos del Fondo Nacional del Ganado – FNG para pagar las nóminas de los vacunadores y programadores, y el transporte y los gastos de funcionamiento. A partir de ese año, FEDEGAN es el encargado de contratar, también con los recursos del FNG, los vacunadores a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, COOHORIZONTE³⁸, como se ilustra en distintos testimonios recogidos durante la investigación³⁹. Los giros que se siguen efectuando a los Proyectos ejecutores del Programa de Erradicación de Fiebre Aftosa a través de los contratos de administración de recursos, corresponden a los costos inherentes al transporte, publicidad y costos de funcionamiento.

El registro de vacunación fue unificado por el ICA a través de FEDEGAN con el objetivo de garantizar su entrega de manera puntual al Instituto y así poder definir a tiempo los resultados de los ciclos de vacunación⁴⁰.

En resumen, en la siguiente tabla se presentan los agentes que participan en el Programa de Erradicación de Fiebre Aftosa y las funciones que realizan en el mismo.

Tabla-3

Agente	Funciones
ICA	<ul style="list-style-type: none"> • Concierta con FEDEGAN los censos de vacunación y verifica coberturas. • Verifica que las OGG cumplan con los requisitos establecidos y expide las resoluciones que establecen las fechas de vacunación y autorizan a las organizaciones para ejecutar la campaña.
FEDEGAN FNG	<ul style="list-style-type: none"> • Único comprador de la vacuna a los laboratorios • Asigna los lugares donde los laboratorios deben despachar la vacuna • Determina el número de dosis-solicitadas a cada laboratorio para cada ciclo de vacunación • Cuando no hay organizaciones autorizadas, FEDEGAN ejecuta la campaña
Laboratorios	<ul style="list-style-type: none"> • Producen la vacuna anti-aftosa • Venden la vacuna por pedido de FEDEGAN • Entregan las vacunas directamente a las OGG u organizaciones del sector autorizadas • Asumen los costos de transporte y la logística de mantenimiento de la cadena de frío

³⁸ Folio 1003 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente. El auditor interno de FEDEGAN – FNG certifica que "La contratación del proceso de vacunación por los años 2007, 2008 y 2009 para la ejecución del programa de erradicación contra la fiebre aftosa en Colombia, se ha realizado a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado – Cohorizonte, mediante las órdenes de compra de servicios No. 003, 004, 019, 024, 031 y 033 por valores de \$175.548.000, \$5.944.561.000, \$7.414.099.000, \$107.546.000, \$145.925.000 y \$8.774.574.000 respectivamente (...)"

³⁹ Testimonios de Luis Fernando Salcedo, Director Técnico de FEDEGAN y Ricardo Camacho, Ganadero y Presidente de la Asociación de Ganaderos de Facatativá.

⁴⁰ Folio 1264 Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

OGG y organizaciones del sector autorizadas	<ul style="list-style-type: none"> • Reciben la vacuna por parte de los laboratorios • Conservan la cadena de frío • Venden la vacuna a los ganaderos • Supervisan o realizan la aplicación de la vacuna • Expiden RUV
---	---

En la Tabla 4, se muestran los precios de la vacuna anti-aftosa ofrecidos por los laboratorios y el precio de compra por parte de FEDEGAN durante los años 2005 a 2009, igualmente es posible observar la variación que han tenido dichos precios durante el periodo señalado.

Tabla 4

Precios de la vacuna anti-aftosa ofrecidos por los laboratorios y precios de compra por unidad por parte de FEDEGAN. Años 2005 a 2010

Año	VECOL ⁴¹	LIMOR ⁴²	LAVERLAM ⁴³	Precio de compra FEDEGAN ⁴⁴	% Var.	Inflación
2005	551	551	551	551		4,85%
2006	580	580	580	580	5,26%	4,48%
2007		No hubo	609	609	5,00%	5,69%
2008	644	644	644	644	5,75%	7,67%
2009	694	694	NA	694	7,76%	2,00%
2010	705	705	NA	705	1,59%	3,17%

Fuente: Elaborado por la SIC con la información contenida en el expediente aportada por FEDEGAN, LIMOR y LAVERLAM.

De la tabla anterior se desprende que los precios de la vacuna anti-aftosa ofrecidos por cada laboratorio son idénticos y que, por ende, el precio de compra por parte de FEDEGAN es el mismo para cada laboratorio. De acuerdo con la información que obra en el expediente, el precio de la vacuna se establece teniendo en cuenta el precio histórico e indexándolo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC)⁴⁵.

Con el esquema establecido por el Programa de Erradicación de la Fiebre Aftosa, tal y como se señaló en el Informe Motivado, los precios de compra de la vacuna anti-aftosa se redujeron con la entrada en vigencia de la Ley 395 de 1997, como consecuencia de la

⁴¹ Cuaderno Reservado No. 2, folios 1898 y 1899.

⁴² Folio 794 y 795 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Respuesta al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia a LIMOR. Radicado No. 07-136989-42.

⁴³ Folio 811 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Respuesta al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia a LAVERLAM. Radicado No. 07-136989-44.

⁴⁴ Para los años 2005 a 2008: Folio 791 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Respuesta al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia a FEDEGAN. Radicado No. 07-136989-40. Para los años 2009 y 2010: Folio 1813 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁴⁵ Comunicación de TECNOQUÍMICAS a FEDEGAN de fecha 8 de abril de 2010. Folios 1838 a 1841, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente. Acta de la Undécima Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa de fecha 10 de abril de 2003. Folio 3513, Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

presión que ejerce FEDEGAN al ser el único comprador de la vacuna y de que uno de los propósitos del Programa es ofrecer la vacuna a precios mínimos al ganadero⁴⁶.

A pesar de que algunos de los empleados o representantes de los laboratorios interrogados durante la etapa de averiguación preliminar⁴⁷ y la etapa de investigación⁴⁸, señalan que FEDEGAN no negocia el precio de compra de la vacuna con los laboratorios, sino que lo determina unilateralmente y se los informa a través de una carta, este Despacho no encontró pruebas adicionales que soportaran su dicho. Por el contrario, se observa que aunque en los términos de referencia para la compra de vacuna anti-aftosa por parte de FEDEGAN a los laboratorios⁴⁹ se encuentran establecidos, entre otros, los descuentos por pronto pago, los plazos de pago, las bonificaciones, el precio al cual debe ser ofertada la vacuna no se encuentra determinado.

En efecto, vale la pena señalar que en los "Requisitos y Condiciones para el Suministro de Vacuna por parte de los Laboratorios Productores Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa y la Brucelosis Bovina durante el Ciclo I de 2010" se solicita en el numeral 3.1 el valor unitario por dosis del biológico contra la fiebre aftosa y la brucelosis bovina, lo cual en ningún momento significa que FEDEGAN esté determinando el precio de compra, sino que solicita que los laboratorios presenten dentro de su oferta el precio al cual ofrecen la vacuna.

Por su parte, el precio de venta al ganadero, que se presenta en la Tabla 5, fue establecido por la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa entre 1998 y 2006. A partir del año 2007 y hasta el 2010, dichos precios fueron determinados por FEDEGAN a través de circulares sobre el procedimiento de pedidos, control de facturación y precios del biológico dirigidas a las OGG⁵⁰.

⁴⁶ Ley 395 de 1997. ARTICULO 5o. FUNCIONES DE LA COMISION NACIONAL. *Son funciones de la Comisión Nacional las siguientes: (...)k) Asegurar que la vacuna antiaftosa y su aplicación no representa sino un costo mínimo para el productor ganadero.*

⁴⁷ Testimonios de: Libardo Antonio Mojica Rojas, Representante Legal de LIMOR y Luis Augusto Mazariegos Godoy, Representante Legal de LAVERLAM.

⁴⁸ Testimonio de Herney Gómez Martínez, Gerente de ventas de LAVERLAM.

⁴⁹ Folios 998 a 1002, Cuaderno Público No. 6 del Expediente y Folios 1830 a 1832, Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁵⁰ Folios 3195 a 3218 y 3229 a 3236 y 3246 a 3252 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NUMERO 409-1-2 DE 2012 Hoja N° 31

"Por la cuál se imponen unas sanciones"

Tabla 5
Precio de venta al ganadero

AÑO ⁵¹	PRECIO DE VENTA AL GANADERO
1998-I	\$200
1998-II	\$250
1999	\$400 ⁵²
2000	\$440 ⁵³
2001	\$500 ⁵⁴
2002	\$550
2003	\$600 ⁵⁵
2004	\$650 ⁵⁶
2005	\$700 ⁵⁷
2006	\$750 ⁵⁸
2007	\$800
2008	\$850
2009	\$915
2010	\$935

Fuente: Elaborado por la SIC de acuerdo con la información contenida en el Expediente:

Para fijar el precio anual de cada dosis de vacuna, la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, cuando tenía dentro de sus funciones la de fijar el precio, valoraba los siguientes criterios: el precio de compra a los laboratorios, el precio de venta a las OGG por el FNG, un precio de intermediación que era asumido por FEDEGAN –FNG, el Índice de Precios al Consumidor con respecto al precio del año anterior⁵⁹.

d) Conclusión sobre el mercado relevante de producto

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Despacho se aparta de la definición de mercado relevante de producto realizada por la DELEGATURA en el Informe Motivado, en

⁵¹ Los precios de venta al ganadero de los años 1998 a 2006 fueron tomados de la respuesta al requerimiento de información radicado por FEDEGAN. Para el año 1998 se establecieron precios de venta al ganadero, distintos para cada ciclo. Folios 3043 a 3046 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente. Los precios de venta al ganadero para los años 2007 a 2010 fueron tomados de la Respuesta al requerimiento de información radicado por FEDEGAN, Folio 1813 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

⁵² Acta de la Tercera Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa. Abril 7 de 1999. Folio 3543 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵³ Acta de la Quinta Reunión de la Comisión Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa. Marzo 22 de 2000. Folio 3536 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵⁴ Acta de la Séptima Reunión de la Comisión Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa. Abril 16 de 2001. Folio 3530 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵⁵ Acta de la Undécima Reunión de la Comisión Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa. Abril 10 de 2003. Folio 3513 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵⁶ Acta de la XIII Reunión de la Comisión Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa. Febrero 24 de 2004. Folio 3502 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵⁷ Acta de la Decimocuarta Reunión de la Comisión Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa. Marzo 30 de 2005. Folio 3497 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵⁸ Acta de la Decimoquinta Reunión de la Comisión Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa. Abril 6 de 2006. Folio 3488 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

⁵⁹ Respuesta del ICA a derecho de petición de información de fecha 18 de noviembre de 2006. Folio 3011 del Cuaderno Reservado No. 4.

la cual se afirma que dicho mercado es el de la compra de vacuna anti-aftosa producida con las cepas de virus A24 Cruzeiro y O1 Campos y formulada en coadyuvante oleoso.

Sobre este punto, para este Despacho es claro que un mercado se define como *"un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio en particular. Los compradores son el grupo que determina la demanda que habrá por el producto y los vendedores son el grupo que determina la oferta de dicho producto"*⁶⁰. En esa medida, no es posible definir un mercado solamente como la compra o venta de un producto, tal y como lo hizo la DELEGATURA al determinar el mercado relevante como la compra de la vacuna anti-aftosa. Considera el Despacho, en el marco del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, que en el presente caso existen dos mercados relevantes de producto que corresponden a:

- (i) El mercado de producción de vacuna anti-aftosa, donde los laboratorios producen y ofrecen la vacuna y FEDEGAN la demanda.
- (ii) El mercado de comercialización de la vacuna a los ganaderos, entendido como la distribución y aplicación de la misma, donde FEDEGAN y las OGG ofrecen la vacuna y su aplicación y los ganaderos la demandan.

Lo anterior no excluye, como se expone más adelante que uno de estos mercados pueda analizarse como mercado conexo frente al otro, a pesar de que tal condición no resulte de relevancia para el análisis de la conducta de venta atada en el caso concreto.

8.3.2. Mercado geográfico

Conforme a lo señalado en literal c del numeral 8.3.1, este Despacho considera que, para los dos mercados de producto definidos, el mercado geográfico corresponde a todo el territorio nacional excepto los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó, las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia, por ser consideradas libres de Fiebre Aftosa sin vacunación.

8.3.3. Barreras a la entrada

Las barreras a la entrada se pueden definir como todos aquellos factores que impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. Deben ser analizadas para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado, toda vez que le otorgan a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes.

Dentro de las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia y por lo tanto, son objeto de análisis se encuentran: (i) Barreras legales y estructurales; (ii) Tamaño de los Costos Hundidos; (iii) Tiempo de Entrada; (iv) Escala de entrada; (v) Identidad de marca; (vi) Requerimientos tecnológicos e inversión en capital; (vii) Costos de transporte; (viii) Acceso a fuentes de abastecimiento.

En cuanto a las barreras legales y estructurales presentes en los mercados definidos, es importante señalar que la estructura y funcionamiento del Programa para la Erradicación

⁶⁰ Mankiw Gregory, *Principios de Economía*. Quinta Edición, p. 66.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

de la Fiebre Aftosa, se constituye en una barrera a la entrada a los mercados definidos por las siguientes razones:

- En el mercado de producción de la vacuna anti-aftosa, en principio no hay ninguna barrera legal que impida la compra de vacuna a los laboratorios, sin embargo, para este Despacho sí se presenta una situación que puede configurarse como una barrera a la entrada para la compra de vacuna. En efecto, dado que solamente las OGG y las organizaciones del sector autorizadas por el ICA pueden comercializar la vacuna a los ganaderos, cualquier agente que quiera adquirir la vacuna a los laboratorios deberá distribuirla obligatoriamente a través de las organizaciones autorizadas y no podrá hacerlo directamente a los ganaderos.

Bajo este escenario el nuevo comprador tendría que competir con FEDEGAN en el mercado de comercialización de la vacuna, y si se tiene en cuenta que este último es el gremio al que se adscriben las OGG, es de esperarse que éstas prefieran distribuir la vacuna que pertenece al gremio y no a un nuevo entrante⁶¹, lo cual se constituye en una barrera a la entrada de un nuevo comprador.

- Ahora bien, al considerar la posibilidad de que sean las organizaciones autorizadas por el ICA para ejecutar los ciclos de vacunación quienes la adquieran directamente a los laboratorios y se conviertan en competidores de FEDEGAN, vale la pena señalar que se ha observado que dicha práctica no ocurre debido principalmente a las eficiencias que se generan cuando un ente organiza, consolida y unifica las labores que antes realizaban las OGG. En efecto, fue debido a los inconvenientes que enfrentó el Programa cuando, entre otras circunstancias, algunas de las OGG no realizaban el pago de la vacuna a VECOL, laboratorio que facilitaba el biológico a crédito, que se recurrió a FEDEGAN como el ente encargado para efectuar las labores que antes realizaban las OGG.
- En el mercado de comercialización de la vacuna, el hecho de que la normatividad establezca que su comercialización (distribución y aplicación), puede ser realizada exclusivamente por las OGG y las organizaciones del sector autorizadas por el ICA y que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, o FEDEGAN – Fondo Nacional del Ganado – en las zonas donde éstas no existan⁶², crea una barrera a la entrada de un nuevo competidor que quiera comercializar la vacuna ya que, deberá constituirse como una OGG y cumplir con las exigencias determinadas por la ley.
- Adicionalmente, como se indicó en el Informe Motivado, el nuevo entrante tendría que asumir la financiación de la campaña de vacunación u obtener la administración del FNG o en su defecto entablar una relación comercial con FEDEGAN, en calidad de administrador del FNG, que le permita acceder a estos recursos, con el objeto de financiar las campañas de vacunación.

⁶¹Se recuerda que FEDEGAN tiene estrechos vínculos con las OGG y cuenta con un Plan de Acompañamiento y Supervisión a todas las organizaciones ejecutoras a través del Manual Operativo del Programa (Acta de FEDEGAN No. 319 de 13 de julio de 2007), así como Contratos de Mandato sin representación (hasta 2009) o Convenios de Apoyo (desde 2009) con cada uno de los Comités ejecutores, cuyo objeto principal es regular la entrega del biológico de FEDEGAN a los Comités, la facturación, el pago, etc. Informe Motivado, p. 20.

⁶²Resolución ICA 1779 de 1998, artículo 8.

- La calidad de miembro de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa⁶³ que ostenta FEDEGAN, le proporciona una importante ventaja en términos de acceso a información de relevancia para el funcionamiento del Programa Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, 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.

Así las cosas, este Despacho coincide con el Informe Motivado, donde se afirma que la estructura del Programa "se convierte en una barrera a la entrada difícil de superar por parte de otros posibles o potenciales entrantes, que incide directamente en la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada (...)"⁶⁴.

8.3.4. Conclusiones sobre el mercado relevante

Según los anteriores argumentos, este Despacho concluye que, dada la estructura del Programa Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, en el presente caso existen dos mercados relevantes que corresponden al: (i) mercado de producción de vacuna anti-aftosa y (ii) mercado de comercialización de la vacuna, entendido como la distribución y aplicación de la misma. El mercado geográfico para ambos mercados es de carácter nacional, a excepción de los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó y las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia.

Se destaca que en el mercado de producción de vacuna anti-aftosa el único comprador es FEDEGAN – FNG, quien, en el mercado de comercialización de la vacuna, es el encargado de distribuir el biológico a las OGG para su posterior venta al ganadero.

Finalmente, es importante señalar la existencia de barreras a la entrada en los dos mercados relevantes definidos como consecuencia de la estructura del Programa.

8.3.5. Determinación de la Posición de Dominio de FEDEGAN en los mercados relevantes definidos

Como bien se indicó en el Informe Motivado "Un agente económico tiene posición dominante cuando tiene la habilidad de determinar precios y excluir a actuales o potenciales participantes del mercado"⁶⁵. 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 existencia de barreras a la entrada y otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado.

En primer lugar, de acuerdo con la información obrante en el expediente y teniendo en cuenta lo señalado en el Informe Motivado, en el mercado de producción de la vacuna anti-

⁶³ 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;

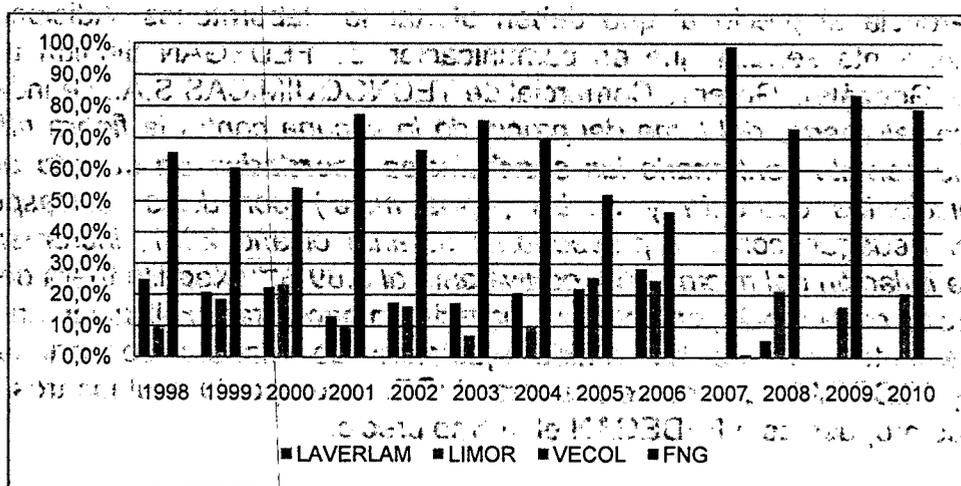
⁶⁴ Informe Motivado, p. 20.

⁶⁵ Informe Motivado, p. 22.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

aftosa tradicionalmente 3 laboratorios la han ofrecido y FEDEGAN ha sido el único demandante del producto. El hecho de que FEDEGAN se haya convertido en el único comprador de la vacuna obedece, de acuerdo con lo probado en la investigación, a que, como se indicó en el aparte del Mercado Relevante, las OGG requieren del apoyo de FEDEGAN – FNG para obtener la vacuna en forma oportuna. Como se observa de la Gráfica 2, el laboratorio VECOL ha sido el proveedor líder del mercado con participaciones superiores al 60% entre los años 1998 a 2006, seguido de los laboratorios LAVERLAM y LIMOR quienes obtuvieron participaciones promedio del 21% y 16% respectivamente. Para el periodo comprendido entre los años 2008 a 2010, luego de la salida de LAVERLAM del mercado, la participación promedio de VECOL aumentó al 78.6%, mientras que la de LIMOR fue del 19.5%.

Gráfica 2
Participación en ventas de los laboratorios



Fuente: Informe Motivado, p. 27.

Al analizar las características de la demanda, se observa que en la práctica FEDEGAN es el único comprador de la vacuna; en efecto, de acuerdo con los datos aportados al expediente y los testimonios recogidos durante el trámite de la investigación⁶⁶, el 100% de las vacunas vendidas por los laboratorios son adquiridas por FEDEGAN, tal y como se presenta en la siguiente tabla:

Tabla 6

N° Dosis Transadas en el Mercado			
Año	Compras FEDEGAN	Ventas de los Laboratorios	Diferencia
2007	33.300.451	33.300.451	0
2008	36.039.140	36.039.140	0
2009	140.892.780	140.892.780	0
2010	119.052.100	119.052.100	0

Fuente: Informe Motivado, p. 22.

⁶⁶ Testimonios de: Alfredo Sánchez Prada, Gerente General de VECOL; Libardo Antonio Mojica Rojas, Gerente General de Limor y Luis Augusto Mazariegos Godoy, Representante Legal de LAVERLAM.

"Por la cual se imponen unas sanciones".

De otra parte, como se señaló en el numeral 8.3.3, existen barreras a la entrada al mercado de producción de vacuna anti-aftosa provenientes de la estructura legal del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa que hacen que la entrada a este mercado sea menos atractiva para un nuevo competidor y permiten reforzar la posición que tiene FEDEGAN en este mercado.

Finalmente, respecto de la capacidad que tiene FEDEGAN para determinar las condiciones del mercado de producción de vacuna anti-aftosa, de la descripción realizada en el numeral 8.3.1, se desprende que FEDEGAN determina la cantidad de vacuna a comprar a los laboratorios y las zonas geográficas donde éstos deben colocar la vacuna.

Para este Despacho, no se encuentra probado que FEDEGAN sea quien determine el precio de compra de la vacuna a los laboratorios, pues como se indicó anteriormente, en los términos de referencia para la compra de vacuna anti-aftosa por parte de FEDEGAN no se hace referencia al precio al que deben ofertar los laboratorios. Adicionalmente, se considera importante señalar que en comunicación de FEDEGAN dirigida a la Doctora María Claudia González, Gerente Comercial de TECNOQUIMICAS S.A., se indicó, sobre el particular, que *"alrededor del tema del precio de la vacuna contra la fiebre aftosa para el año 2008, me permito confirmarle las condiciones acordadas en cuanto al precio de \$644.00 (seiscientos cuarenta y cuatro pesos mcte.) por dosis, correspondiente al acordado por Fedegán con sus proveedores durante el año 2007, incrementado en el porcentaje de inflación del mismo año, equivalente al 5.69%"*⁶⁷ (Negrilla fuera de texto). Así, las coincidencias en el precio, en principio, parecieran encontrar explicación en el hecho de que históricamente éste se ha venido ajustando de manera concertada entre los laboratorios y FEDEGAN teniendo en cuenta el IPC, razón por la cual los tres laboratorios ofrecen en sus propuestas a FEDEGAN el mismo precio.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, este Despacho considera que FEDEGAN ostenta posición de dominio en la compra de vacuna anti-aftosa en el mercado de producción de la misma que le permite determinar las cantidades de vacuna a comprar y el lugar de entrega de la misma.

Se recuerda que, si bien las OGG y otras organizaciones del sector pueden comprar directamente la vacuna a los laboratorios, lo que las constituye en potenciales compradores, fue precisamente por las fallas que surgieron bajo ese esquema que FEDEGAN se constituyó en el ente que organiza, consolida y unifica las labores que antes realizaban las OGG. Lo anterior afecta la probabilidad de que dichas organizaciones entren a este mercado como compradores y limiten el comportamiento de FEDEGAN. En consecuencia, el incluir la competencia potencial proveniente de las OGG y otras organizaciones del sector no cambia la conclusión sobre la posición dominante de FEDEGAN en el mercado de producción de la vacuna anti-aftosa a la que llegó este Despacho.

Ahora bien, en lo que se refiere al mercado de comercialización de la vacuna, se desprende de la descripción realizada del Programa Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, que FEDEGAN se convierte en monopolista al ser el único agente

⁶⁷ Comunicación de FEDEGAN dirigida a la Doctora María Claudia González, Gerente Comercial de TECNOQUIMICAS S.A. de fecha 7 de mayo de 2008. Folio 1563 del Cuaderno Reservado No. 1.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

encargado de las labores de coordinación de la distribución de la vacuna a las OGG y demás organizaciones autorizadas y a su vez de contratar, a través de COOHORIZONTE, la aplicación de la misma. No obstante lo anterior, como ya se señaló, para determinar la posición de dominio no basta con calcular las cuotas de participación en el mercado y los niveles de concentración, se deben analizar también las características de la demanda, los competidores, las barreras a la entrada, entre otros factores que le permitan a la empresa actuar independientemente en el mercado.

Así, en cuanto a las características de la demanda, se observa que las OGG y organizaciones del sector autorizadas por el ICA para ejecutar el desarrollo de proyectos locales de vacunación son las que demandan la vacuna a FEDEGAN para su posterior distribución y venta al ganadero. Para poder realizar esta actividad dichas organizaciones deben cumplir con los requisitos establecidos en la ley y ser autorizadas por el ICA como ejecutoras de la campaña, lo que implica que no cualquier agente puede demandar la vacuna a FEDEGAN.

En cuanto a las condiciones del mercado, el Despacho encontró que los valores de la contraprestación que reciben las organizaciones ejecutoras son determinados unilateralmente por FEDEGAN, así como el precio de venta de la vacuna al ganadero⁶⁸. Los valores de la contraprestación dependen del periodo transcurrido entre la fecha de emisión del despacho y la fecha en que se realiza el pago, de esta forma, entre más pronto pague la OGG mayor es el valor de la contraprestación que recibe.

Adicionalmente, en el numeral 8.3.3, se determinó, la existencia de barreras a la entrada a este mercado, provenientes del esquema de funcionamiento del Programa, que restringen la entrada de un nuevo competidor de FEDEGAN y en consecuencia, ayudan a reforzar la posición que actualmente tiene como monopolista.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho concluye que FEDEGAN tiene posición de dominio en la venta de vacuna anti-aftosa en el mercado de comercialización de la misma.

8.3.6. Mercados conexos

En el Informe Motivado la DELEGATURA afirma que existe un mercado conexo al mercado de compra de la vacuna anti-aftosa que corresponde al mercado de producción y distribución de la vacuna en el cual participan los laboratorios; adicionalmente, considera que en el mercado conexo también participan las OGG quienes comercializan, distribuyen y aplican o supervisan la aplicación de la vacuna y los ganaderos, quienes son los usuarios finales de la vacuna anti-aftosa.

Sobre este punto, el Despacho difiere de la definición del mercado conexo realizada en el Informe Motivado, según la cual éste corresponde a la producción y distribución de la vacuna. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como se expuso en el numeral 8.3.1, en el presente caso se identificaron dos mercados relevantes diferentes que corresponden a (i) la producción de vacuna anti-aftosa y (ii) la comercialización de la misma entendida como su distribución y aplicación.

⁶⁸ -Circulares dirigidas a las OGG ejecutoras de proyectos locales para la erradicación de la fiebre aftosa y brucelosis bovina sobre los procedimientos, pedidos, control de facturación y precios del biológico. Folios 3151 a 3263. Cuaderno Reservado No. 4.

Se recuerda que, toda vez que en el primer mercado relevante participan los laboratorios como productores y oferentes de la vacuna y FEDEGAN como demandante, no es posible definir el mercado de producto solamente como la compra de la vacuna. En consecuencia, considera el Despacho que, si bien en el presente caso sí existe un mercado conexo, éste no corresponde al mercado de producción de la vacuna, donde participan los laboratorios, toda vez que tanto la producción del biológico como su compra hacen parte del mismo mercado.

No obstante lo anterior, para el Despacho sí existe un mercado conexo al mercado de producción del biológico, que corresponde al segundo mercado identificado en la presente Resolución como el de comercialización de la vacuna en el cual participan FEDEGAN y las OGG como ejecutores de las campañas de vacunación contra la fiebre aftosa. Sobre este punto vale la pena precisar que para considerar la existencia de un mercado conexo, se debe tratar de un mercado distinto al principal pero que se encuentre directamente relacionado con el mismo.

En este orden de ideas, según lo señalado en el numeral 8.3.1, en el presente caso se determinaron dos mercados distintos: el mercado de producción de la vacuna anti-aftosa y el mercado de comercialización de la misma, que como bien se indicó se entiende como la distribución y aplicación del biológico. Ahora bien, para establecer si dichos mercados son mercados conexos, se debe comprobar entonces si se encuentran directamente relacionados y son consecuenciales.

En virtud de lo anterior, es importante considerar que el mercado de comercialización de vacuna anti-aftosa surge precisamente porque ésta existe, de no ser así, no tendría ningún sentido que se diera el desarrollo de un mercado de distribución de un bien que no existe. Adicionalmente, es pertinente recordar que el fin último de la legislación para erradicar la fiebre aftosa en Colombia es lograr que todo el ganado bovino sea vacunado contra la enfermedad para de esta manera combatirla y erradicarla, razón por la cual, para alcanzar el objetivo del Programa, no sólo es necesario adquirir la vacuna anti-aftosa que producen los laboratorios sino además, se debe realizar la distribución y sobre todo la efectiva aplicación de cada dosis del biológico al ganado.

En consecuencia, el Despacho encuentra que, en el marco del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa, la comercialización de la vacuna está directamente relacionada y es consecencial con el mercado de producción de la misma, razón por la cual considera que ambos son mercados conexos.

8.3.7. Argumentos de las partes frente al mercado relevante y la aproximación a mercados conexos

a) Posición de la DELEGATURA

Concluyó la DELEGATURA que el mercado relevante era el de la compra de la vacuna anti-aftosa con las cepas de virus A24 Cruzeiro y O1 Campos y formulada en coadyuvante oleoso, a los laboratorios productores, para su distribución a todo el territorio nacional a excepción de los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó, y las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia.

Se sostiene en el Informe Motivado que en dicho mercado el único comprador del producto a los laboratorios es FEDEGAN y que las OGG participan como receptoras de la vacuna y se encargan de distribuirla a los ganaderos y supervisar o realizar directamente la aplicación de la misma.

Sobre la existencia de mercados conexos la DELEGATURA afirmó que existe un mercado conexo al mercado relevante definido como el de la compra de la vacuna anti-aftosa, este mercado corresponde al mercado de producción y distribución de la vacuna en el cual participan los laboratorios, las OGG quienes comercializan, distribuyen y aplican o supervisan la aplicación de la vacuna, y los ganaderos, quienes son los usuarios finales de la vacuna anti-aftosa.

b) Posición del Apoderado de LAVERLAM

Sostiene el Apoderado de LAVERLAM que no se puede definir el mercado relevante únicamente como "la compra de la vacuna anti-aftosa a los laboratorios" toda vez que un mercado implica la existencia de una relación de intercambio. Afirma que difiere de la aproximación de mercados conexos realizada en el Informe Motivado y que la producción de la vacuna por parte de los laboratorios y la compra de la misma por parte de FEDEGAN y las OGG hacen parte de un mismo mercado, denominado el mercado principal.

En este sentido señala que considerar la existencia de un mercado conexo no es posible jurídicamente y que por el contrario, en la presente investigación se analizaron dos mercados relevantes distintos, aunque relacionados: (i) el mercado de oferta y venta de la vacuna anti-aftosa, en el cual participan los laboratorios como oferentes y FEDEGAN y las OGG como demandantes y, (ii) el mercado de comercialización de la vacuna en el cual actúan FEDEGAN y las OGG como oferentes y los ganaderos como demandantes.

Finalmente indica que la distribución que hacen los laboratorios hacia las OGG se trata de un componente contractual entre FEDEGAN y los laboratorios que hace parte del mismo mercado de compra y venta de la vacuna anti-aftosa.

c) Consideraciones del Despacho

Sobre la definición del mercado relevante, considera pertinente este Despacho remitirse a los puntos 8.3.1 y 8.3.6 de la presente Resolución, en donde se define el mercado relevante y se determina la existencia de mercados conexos. Vale la pena señalar que el Despacho comparte parcialmente la posición del Apoderado de LAVERLAM y por esta razón concluye que hay un mercado relevante de producto que corresponde a la producción de vacuna anti-aftosa, en el cual participan los laboratorios productores de la vacuna como oferentes y FEDEGAN como demandante y que en efecto, la distribución de la vacuna hacia las OGG se trata de un componente contractual.

En cuanto a la aproximación de mercados conexos que hace la DELEGATURA, como se señaló en el numeral 8.3.6, este Despacho difiere de dicha definición en tanto que considera que no es posible que el mercado de producción del biológico sea un mercado diferente del mercado denominado por la DELEGATURA como la compra de la vacuna anti-aftosa, ya que tanto la producción del biológico como su compra conforman un solo mercado. Sin embargo, con base en el esquema de funcionamiento del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, en el mismo numeral se estableció la existencia de un mercado conexo al de la producción de vacuna anti-aftosa correspondiente al de la

comercialización del biológico, el cual, como se ha repetido en distintas ocasiones, corresponde a la distribución y aplicación de la vacuna.

Así, no comparte el Despacho la posición del Apoderado cuando afirma que en la investigación se analizaron dos mercados distintos aunque relacionados y que no es posible jurídicamente considerar la existencia de un mercado conexo. Si bien los mercados relevantes determinados en la presente Resolución coinciden con los mercados relevantes definidos por el Apoderado, y el Despacho está de acuerdo cuando éste afirma que son mercados distintos aunque relacionados, no es de recibo la afirmación del Apoderado según la cual no se pueden considerar como mercados conexos.

Respecto de los mercados conexos, esta Superintendencia ha señalado en decisiones anteriores⁶⁹ al referirse al abuso de posición de dominio en mercados conexos, que los efectos pueden darse precisamente en un mercado **distinto pero relacionado** a aquel donde ostenta posición dominante. En el presente caso, considera este Despacho que, de acuerdo con el esquema de funcionamiento del Programa que busca que la vacuna sea efectivamente aplicada, es evidente que el mercado de comercialización de la vacuna anti-aftosa está directamente relacionado y es consecuencial con el mercado de producción del biológico y es por esta razón que en el numeral 8.3.6 se determinó como mercado conexo al mercado de producción de vacuna anti-aftosa.

8.3.8. Sobre la determinación de posición dominante

a) Posición de la DELEGATURA

Encontró la DELEGATURA que FEDEGAN tiene una participación del 100% en el mercado de compra de la vacuna anti-aftosa y que hasta el momento no existe otra entidad que pueda suplir las ventajas de la red de comercialización que posee el gremio. No obstante lo anterior, afirmó que la sola participación en el mercado no es suficiente para concluir que FEDEGAN tiene posición de dominio sino que es necesario determinar si cuenta con poder de mercado, entendido como la capacidad para determinar precios y la habilidad de excluir terceros del mercado.

Así, se afirma en el Informe Motivado que, dada la estructura de mercado, la barrera legal y el *good will*, FEDEGAN tiene la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de la vacuna anti-aftosa como la cantidad de vacuna a comprar a los laboratorios; las zonas geográficas donde éstas se deben colocar; el precio y la contratación de los servicios de vacunación con una cooperativa de trabajo asociado para la aplicación del biológico.

b) Posición del Apoderado de LAVERLAM

El Apoderado de LAVERLAM solicita al Despacho del Superintendente que, toda vez que el término "posición dominante" cuenta con una definición legal, se apegue a ésta para el caso bajo estudio. Resaltó que *"la norma no habla de "habilidad para excluir a terceros" o aspectos adicionales, por lo cual estos "otros elementos" considerados por el señor Delegado deben ser descartados por apartarse de las reglas hermenéuticas del código civil, aplicables para este caso"*

⁶⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 32505 de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Adicionalmente, para el Apoderado, en el presente caso existen dos mercados distintos en los cuales FEDEGAN ostenta posición dominante, el primero corresponde al mercado de producción y compra de la vacuna anti-aftosa y el segundo al mercado de venta y aplicación de la vacuna.

Afirma que en el mercado de producción y compra de la vacuna anti-aftosa FEDEGAN es monopsonista y que se encuentra probado que las condiciones del mercado han sido determinadas directamente por FEDEGAN. Respecto del mercado de venta y aplicación de la vacuna, señala que FEDEGAN es monopolista y cuenta con la posibilidad de determinar las condiciones de dicho mercado como lo son los precios de venta al ganadero y los canales de colocación.

c) Posición del Apoderado de FEDEGAN

Señala el Apoderado de FEDEGAN, con base en la doctrina de diversas autoridades internacionales de competencia, que una firma con una participación del 100% de mercado puede no tener posición de dominio. Lo anterior, debido a la existencia de presiones competitivas por vía de la sustituibilidad de la oferta y/o la existencia de competencia potencial. En este sentido, afirma que en la resolución de apertura de investigación se desconoció la existencia de la presión competitiva que enfrenta FEDEGAN derivada de la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial representadas por los 83 gremios autorizados por el ICA para comprar vacunas directamente de los laboratorios y que por lo tanto pueden ser competidores de la investigada.

A diferencia de lo planteado por la DELEGATURA, para el Apoderado si es probable la venta directa de vacunas a los Comités Ganaderos, teniendo en cuenta que son dichos comités los que poseen herramientas de competencia relevantes, como son el acceso a la clientela cautiva en las regiones y los congeladores para mantener la cadena de frío necesaria para las vacunas. Además, manifiesta que el ser afiliados de FEDEGAN, no impide que los comités participen directamente en el mercado de compra.

Indica que al comprar la vacuna anti-aftosa a través de FEDEGAN se obtienen mejores condiciones de compra a los laboratorios, razón por la cual, son los gremios, compuestos por los ganaderos, quienes prefieren este esquema. Manifiesta también que FEDEGAN está expuesto a una presión competitiva, pues en caso de que a los ganaderos no se les otorgaran condiciones económicas, o se les estuviera explotando, serían ellos mismos quienes comprarían las vacunas a los laboratorios.

Finalmente, señala que si en el mercado de la compra de las vacunas FEDEGAN no pagara un precio rentable, los laboratorios podrían ofrecer directamente a las organizaciones ganaderas autorizadas el producto y concluye que por las razones expuestas no existe posición dominante por parte de la investigada.

d) Consideraciones del Despacho

En lo que se refiere a la solicitud del Apoderado de LAVERLAM de apegarse a la definición legal de "posición de dominio" y no considerar la "habilidad para excluir a terceros" del mercado en la determinación de la posición dominante de FEDEGAN, con el argumento de que ésta no hace parte de dicha definición, para este Despacho no es de recibo y considera que, si bien la definición de posición dominante realizada en el artículo 45 del

Decreto 2153 de 1992 indica que ésta corresponde a *"la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*, y en ningún momento señala explícitamente la *"habilidad para excluir a terceros"*, es necesario recordar que dentro de las condiciones de un mercado se encuentran precisamente los participantes del mismo, entendidos como los oferentes y demandantes, así como, las cantidades y los precios, entre otras, por lo que con las afirmaciones realizadas por la DELEGATURA no se está modificando la definición legal.

Considera el Despacho pertinente remitirse al numeral 8.3.5 en el que se concluyó que FEDEGAN ostenta posición de dominio en la compra de vacuna anti-aftosa en el mercado de producción y venta de la misma. En efecto, se encontró probado que durante el periodo comprendido entre los años 2007 y 2010 FEDEGAN fue el único comprador de la vacuna, que la presencia de barreras a la entrada permiten reforzar la posición que tiene en el mercado y además, quedó establecido que ha determinado algunas condiciones de mercado como la cantidad de vacuna a comprar a los laboratorios y las zonas geográficas donde se debe colocar la vacuna.

Respecto de la determinación del precio de compra de la vacuna a los laboratorios, el Despacho no comparte la afirmación realizada por la DELEGATURA y considera que no se encuentra probado que FEDEGAN intervenga en dicho proceso. Como se señaló en el numeral 8.3.1., la coincidencia en los precios de compra de la vacuna obedece, en principio, no a que FEDEGAN determine dicho precio sino a que los laboratorios históricamente han observado que éste se ha ido ajustando con el IPC y es por esta razón que podrían estar ofreciendo el mismo precio a FEDEGAN.

Para el Despacho, FEDEGAN ostenta posición de dominio en el mercado de comercialización de la vacuna anti-aftosa, debido a que: (i) es el único comercializador de la misma a las OGG y otras organizaciones del sector, (ii) determina la intermediación y los precios de venta de la vacuna al ganadero y (iii) la presencia de barreras a la entrada a este mercado permiten reforzar la posición que tiene FEDEGAN en el mercado.

No obstante lo anterior, difiere este Despacho de la afirmación del Apoderado sobre la capacidad que tiene FEDEGAN para determinar los canales de colocación. De acuerdo con el esquema de funcionamiento del Programa de Erradicación de la Fiebre Aftosa, las OGG son las únicas autorizadas para vender la vacuna al ganadero o FEDEGAN en el caso de que no haya una OGG, por esta razón no entiende el Despacho en qué sentido FEDEGAN estaría determinando los canales de colocación del biológico.

Para el Apoderado de FEDEGAN la investigada no tiene posición dominante debido a la existencia de la presión competitiva que enfrenta derivada de la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial que representan los 83 gremios autorizados por el ICA para comprar la vacuna directamente.

Reconoce el Despacho que no se tuvo en cuenta la sustituibilidad de la oferta en la determinación de la posición de dominio de FEDEGAN en el mercado de producción de vacuna anti-aftosa. No obstante lo anterior, recuerda que ésta se refiere a la existencia de empresas que participan en otros mercados que sin ser productoras de la vacuna, en un corto plazo pueden empezar a producirla sin incurrir en costos o riesgos significativos.

De la información obrante en el expediente se desprende que la inversión que debe realizar un nuevo entrante es significativa toda vez que para producir la vacuna anti-aftosa

RESOLUCIÓN NÚMERO 82-0-409-12 DE 2012 Hoja N° 43

"Por la cual se imponen unas sanciones"

en Colombia los laboratorios deben contar con plantas bajo el Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A) para la manipulación del virus de la fiebre aftosa⁷⁰. De hecho, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información realizado por la DELEGATURA al laboratorio LIMOR, el monto de inversión en el laboratorio para cumplir con el NSB3A fue de \$16.644.939.668⁷¹. Por su parte, según el Acta de Junta Directiva No. 488 del laboratorio VECOL, la inversión ejecutada en la fase I de la nueva planta de vacuna anti-aftosa ascendió a \$17.613.083.000⁷².

Adicionalmente, también existe la posibilidad de que un nuevo entrante no realice la inversión en la construcción de la planta y opte por importar los antígenos inactivados para la formulación de la vacuna en Colombia, previas verificaciones y autorización del ICA para la importación del antígeno inactivado, tal y como lo hizo LAVERLAM en su momento. No obstante lo anterior, este Despacho considera que aunque dicha opción existe, en la realidad para un nuevo entrante no es una opción atractiva ya que el único comprador del mercado, dentro de sus requisitos establece que se abstendrá de comprar vacuna a laboratorios que manipulen cepas exóticas para el país.

Por lo expuesto anteriormente, este Despacho no considera la sustituibilidad de la oferta como una fuente de presión competitiva para los laboratorios, que limite la capacidad que tiene FEDEGAN como monopsonista para determinar las condiciones del mercado.

Sobre el desconocimiento de la existencia de la presión competitiva proveniente de los gremios autorizados por el ICA para comprar vacunas directamente a los laboratorios, éste Despacho no desconoce que efectivamente existe la posibilidad legal de que dichas organizaciones compren directamente la vacuna y que por consiguiente se constituyen en competidores potenciales de FEDEGAN. Sin embargo, se recuerda la existencia de barreras a la entrada al mercado de producción de vacuna anti-aftosa, producto de la estructura del Programa, que afectan directamente la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada de un competidor potencial.

Para el Despacho es poco probable que las organizaciones vean atractivo comprar la vacuna directamente, bajo el entendido de que, como el mismo Apoderado señaló, son los ganaderos quienes prefieren que sea FEDEGAN el que compre la vacuna. Esto, debido a que puede obtener mejores condiciones de compra a los laboratorios y de que los Comités Ganaderos incurrirían en costos de negociación con cada laboratorio en caso de que decidieran comprar la vacuna directamente.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho confirma que FEDEGAN ostenta posición de dominio en:

MATERIA es materia de competencia de la Comisión de Regulación de Comercio

⁷⁰ Reglamento Técnico de Seguridad Biológica para Manipulación del virus de la fiebre aftosa, Resolución No. 0749 del 26 de marzo de 2003, "2. SEGURIDAD BIOLÓGICA EN FIEBRE AFTOSA. Debido a su elevado grado de difusión en el medio ambiente y la contagiosidad para varias especies animales, además de otros efectos negativos directos o indirectos en la producción animal, el virus de la fiebre aftosa solamente podrá ser manipulado bajo Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A).

⁷¹ Respuesta al requerimiento de información realizado por la Delegatura al laboratorio LIMOR de Colombia, de fecha 15 de octubre de 2010. Folio 2459 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente.

⁷² Acta de Junta Directiva No. 448 del Laboratorio VECOL. Folio 1963 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

- (i) El mercado de producción de vacuna anti-afosa en el cual es el único comprador y ha determinado algunas condiciones del mercado y donde la presencia de barreras a la entrada le permiten reforzar su posición.
- (ii) El mercado de comercialización de la vacuna anti-afosa, donde es el único distribuidor del biológico a las OGG y organizaciones del sector autorizadas, determina el valor de la intermediación y los precios de venta de la vacuna al ganadero y en el que la presencia de barreras a la entrada también le permiten reforzar la posición que tiene en este mercado.

8.4. FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN

8.4.1. Posición de la DELEGATURA

De acuerdo con las conclusiones que sobre esta conducta presenta el Informe Motivado, existen razones que justifican el tratamiento diferencial aplicado por FEDEGAN, las cuales parten de una inexistencia de equivalencia en las condiciones de oferta de los laboratorios. Específicamente, se señala que para los años 2007 y 2009 únicamente VECOL otorgó descuentos por pronto pago; y en el año 2010, la cantidad de vacuna ofertada por VECOL superó la ofertada por LIMOR. Asimismo, consideró la DELEGATURA que no existen en el expediente elementos probatorios que sustenten el hecho de que LAVERLAM haya ofertado en las mismas condiciones comerciales de VECOL.

8.4.2. Posición del Apoderado de FEDEGAN

Como ya se mencionó en el presente acto administrativo, el Apoderado de FEDEGAN considera que además de no existir una posición dominante en el mercado, un comprador debe tener la posibilidad de decidir a quién y en qué cantidad realizará las compras a sus proveedores. Al respecto señala que *"Ni siquiera una compañía con posición dominante pierde la capacidad de decidir a quién le compra y en qué cantidades (...)".*

Además de lo anterior, en su opinión está demostrado que la elección de los laboratorios no es "caprichosa" siendo por el contrario el ganadero quien tiene la primera decisión de compra. Por lo tanto, es sólo en aquellos casos en donde éste no realice la elección, donde le corresponde a FEDEGAN hacerlo bajo un criterio basado en las condiciones comerciales que ofrezca cada laboratorio. Para el Abogado, está claro que las transacciones entre los laboratorios y FEDEGAN no son equivalentes y que aquéllos no se encuentran en condiciones análogas en cuanto a las cantidades ofrecidas, condiciones de descuentos, plazos, calidades, servicio al cliente y formas de pago.

8.4.3. Posición del Apoderado de LAVERLAM

Para el Apoderado de LAVERLAM sí existió un claro favorecimiento injustificado para VECOL, discriminando y perjudicando a los otros dos laboratorios en su relación contractual con FEDEGAN. Manifiesta que las ofertas de los tres laboratorios eran análogas, y las diferencias entre una y otra tenían su origen real en FEDEGAN. En su criterio, en el expediente obran pruebas de las ofertas de LAVERLAM en las que se observa que algunos aspectos eran mejores que los de la oferta de VECOL. En cuanto al interés económico de la conducta, señala que el simple hecho de tener participación en VECOL, genera que FEDEGAN en su condición de dominante tenga una responsabilidad especial para evitar discriminar en su trato.

"Por la cuál se imponen unas sanciones"

8.4.4. Consideraciones del Despacho

La conducta acusada está establecida en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, según el cual se considera un abuso de posición dominante el aplicar "condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas."

Así, la infracción en cuestión está compuesta por dos pilares fundamentales. En primera medida, debe demostrarse la existencia de una posición de dominio ostentada por el agente investigado sobre un mercado relevante específico, luego de lo cual, el ejercicio probatorio encaminado a establecer la existencia de una conducta unilateral del dominante, dirigida a discriminar ya sea a consumidores o a proveedores que se encuentren entre sí en una posición no solo comparable sino análoga. Para la configuración de este segundo elemento, se requiere adicionalmente que confluya lo siguiente:

- Que se trate de operaciones equivalentes.
- Que el agente dominante aplique condiciones discriminatorias a dichas operaciones equivalentes.
- Que la aplicación de las condiciones discriminatorias coloquen en situación desventajosa a consumidores o proveedores de condiciones análogas.

Tal y como ya se desarrolló en el aparte de esta Resolución relacionado con la definición del mercado relevante, en el presente caso esta Superintendencia considera probado el hecho de que FEDEGAN ostenta posición de dominio en la compra de vacunas en el mercado de producción de vacuna anti-afosa. Por lo tanto, ante la presencia del primero de los elementos de la conducta, se procederá a evaluar la discriminación acusada.

En primera medida, vale mencionar que sobre este concepto la doctrina ha señalado:

*"En un sentido general, discriminar equivale a separar, diferenciar o distinguir a una persona o cosa de otra, aunque el uso habitual de esta palabra pone el acento en la circunstancia de que esa diferenciación sirva para dar trato de inferioridad a una persona o colectividad. En el ámbito del derecho de la competencia la diferenciación exige que la diferencia de trato frente a una misma prestación, que se impone a clientes, competidores o consumidores carezca de justificación objetiva y que, al mismo tiempo, vaya dirigida a producir efectos sobre el mercado, ya sea mediante la expulsión de alguno de los operadores afectados, ya sea colocando a alguno o algunos de éstos en una situación de desventaja frente a otros"*⁷³

La discriminación conlleva la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional se encamina a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, que se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable⁷⁴, siempre que, adicionalmente, se produzcan efectos en el mercado al afectar a

⁷³ Resolución Expt 571/03, Unif 2/Telefónica Móviles. Tribunal de Defensa de la Competencia Española.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C- 410 de 1996 Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

crear desventajas al operador discriminado. Así esta Entidad ha señalado que no necesariamente todo trato desigual conlleva discriminación:

"Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia"⁷⁵.

Debe además tenerse en cuenta para efectos del presente caso, que la norma Colombiana no hace distinción entre la discriminación ejercida sobre consumidores y aquella que se aplica frente a proveedores. Es decir, es posible que un comprador en un mercado monopsónico discrimine "aguas arriba" a quienes le ofrecen, proveen o distribuyen el producto sobre el cual se ejerce dicha posición, tal como también se ha reconocido por autoridades internacionales⁷⁶. Por lo tanto, es claro que una agente con posición de dominio, ya sea del lado de la compra o de la venta, tiene a su cargo responsabilidades especiales sobre el funcionamiento del mercado y la forma cómo interactúa con los demás agentes que participan en el mismo.

a) Sobre la equivalencia de las operaciones

El eje central de la discusión, se refiere a si en el presente caso existen operaciones equivalentes entre las empresas oferentes de vacunas a partir de la cual se pueda estructurar la aplicación de condiciones no objetivas por parte del dominante, las cuales vulneran el principio del Derecho de la Competencia que promulga la igualdad con que deben competir en el mercado todos los agentes económicos.

Así, es necesaria la existencia de un supuesto de hecho consistente en que los agentes expuestos a esta situación desarrollen o ejecuten actividades equivalentes a las de otros y que pese a ello reciban un trato desigual. Debe entenderse por equivalentes, la ejecución de operaciones bajo condiciones iguales o similares, por lo que para determinar la equivalencia de las actividades o prestaciones deberá observarse dentro de cada caso la correspondencia o no de sus condiciones de tiempo, modo y lugar.

En el mercado específico y como ha sido descrito por la Delegatura en su Informe, en Colombia existen tres (3) laboratorios que tradicionalmente han producido la vacuna antiaftosa. Se trata de VECOL S.A., LIMOR S.A. y LAVERLAM S. VECOL produce la vacuna AFTOGAN 2ML,⁷⁷ LIMOR produce la vacuna AFTOLIMOR y AFTOSA MK⁷⁸ y LAVERLAM produce la vacuna AFTOVAC AP⁷⁹. Todas son vacunas oleosas inyectables, en dosis de 2ml que contienen los virus A24 Cruzeiro y O1 Campos con coadyuvante oleosos.

⁷⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 588 de 2003.

⁷⁶ Ver Wayerhauser Co. V. Ross-Simmons Hardware Lumber Co., 549 U.S. 312,320 (2007).

⁷⁷ <http://www.vecol.com.co/sitio/index.php?tipoDoc=FinalProducto&idProducto=92&categoria=15> Consultado el 8 de septiembre de 2011.

⁷⁸ <http://www.limorcolombia.com/biotecnologia.html> Consultado el 8 de septiembre de 2011.

⁷⁹ http://www.laverlam.net/catalogo_detalle/es/aftovac-ap-250-oleosa Consultado el 8 de septiembre de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

A pesar de lo anterior, en la actualidad sólo VECOL⁸⁰ y LIMOR cuentan con el Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A) y con autorización del ICA para producir la vacuna y manipular el antígeno. LAVERLAM por su parte, importa desde el laboratorio BIOGÉNESIS – BAGÓ en Argentina los antígenos inactivados para la formulación de la vacuna en Colombia, previa verificación y autorización del ICA para la importación del antígeno inactivado. Para efectos de la manipulación del antígeno inactivado y la formulación de la vacuna a partir del mismo, no es necesario contar con el NSB3A. En este punto, es importante señalar que el ICA sobre las características de las vacunas de los tres laboratorios mencionados, señaló:

"En la actualidad, dos de los laboratorios de producción de vacuna cumplen con las condiciones de un laboratorio con Nivel de Seguridad Biológica-NSB-3 A (VECOL⁸⁰ S.A. y LIMOR⁸¹ S.A.). El tercer laboratorio importa desde Argentina los antígenos inactivados y formula la vacuna en Colombia (LAVERLAM⁸² S.A.). Los tres laboratorios cumplen con todos los requerimientos establecidos en las normas nacionales e internaciones para la producción de vacuna contra la fiebre aftosa"⁸³

Asimismo, varios de los testimonios recaudados y citados en el Informe Motivado coinciden en señalar que las 3 vacunas al momento de ser comercializadas ya han cumplido con los requisitos exigidos por la mencionada autoridad. Así por ejemplo, la señora Myriam Luz Gallego, Coordinadora del Grupo de Control y Erradicación de Riesgos Zoonosarios del ICA, en testimonio rendido ante esta Superintendencia, manifestó:

"(...) 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". (Se resalta)

Adicionalmente, dentro de la misma diligencia, la testigo señaló:

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

⁸⁰ Mediante resolución No. 2296 de agosto de 2006, el ICA certificó al laboratorio de VECOL por cumplir el Reglamento Técnico de Seguridad Biológica Nivel 3 Agricultura (3A) para manipulación del virus de fiebre aftosa.

⁸¹ Mediante resolución No. 1581 del 24 de abril de 2009, el ICA certificó al laboratorio de LIMOR por cumplir el Reglamento Técnico de Seguridad Biológica Nivel 3 Agricultura (3A) para manipulación del virus de fiebre aftosa.

⁸² Laverlam no hizo planta de bioseguridad sino que decidió importar el antígeno inactivado, situación que fue aprobada por el ICA.

⁸³ Comunicación del 3 de enero de 2010. Visible a folios 1220 y 1221, Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

calidad. Así lo hizo creo que con un solo lote el laboratorio Laverlam y cuando lo produjo cumplió los mismos controles que el resto de vacuna que se controla en el país". (Subrayado fuera de texto)

Por otra parte, Deyanira Barrero Subgerente de Protección Animal del ICA fue clara en afirmar:

"(...) 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".

A pesar de lo expuesto, debe apartarse este Despacho de la posición plasmada en el Informe Motivado sobre la inexistencia de condiciones análogas sobre las cuales se habría aplicado la discriminación. En efecto, en el mencionado documento se realiza una evaluación de las diferentes ofertas y se señalan distintos temas en los cuales las mismas se alejan, como son los servicios de acompañamiento y cadena de distribución, plazos de pago, descuentos por pronto pago y bonificaciones, luego de lo cual se concluye que lo siguiente:

"En relación con la participación de los actuales competidores del mercado -LIMOR y VECOL -, se tiene que existen razones justificadas en la oferta que hicieron que se compre mayor cantidad de dosis a VECOL. Así: (i) para los años 2007 y 2009, la justificación obedece a que únicamente VECOL otorgó descuentos por pronto pago; y (ii) en relación con el año 2010, la cantidad de vacuna ofertada por VECOL superó la ofertada por LIMOR.

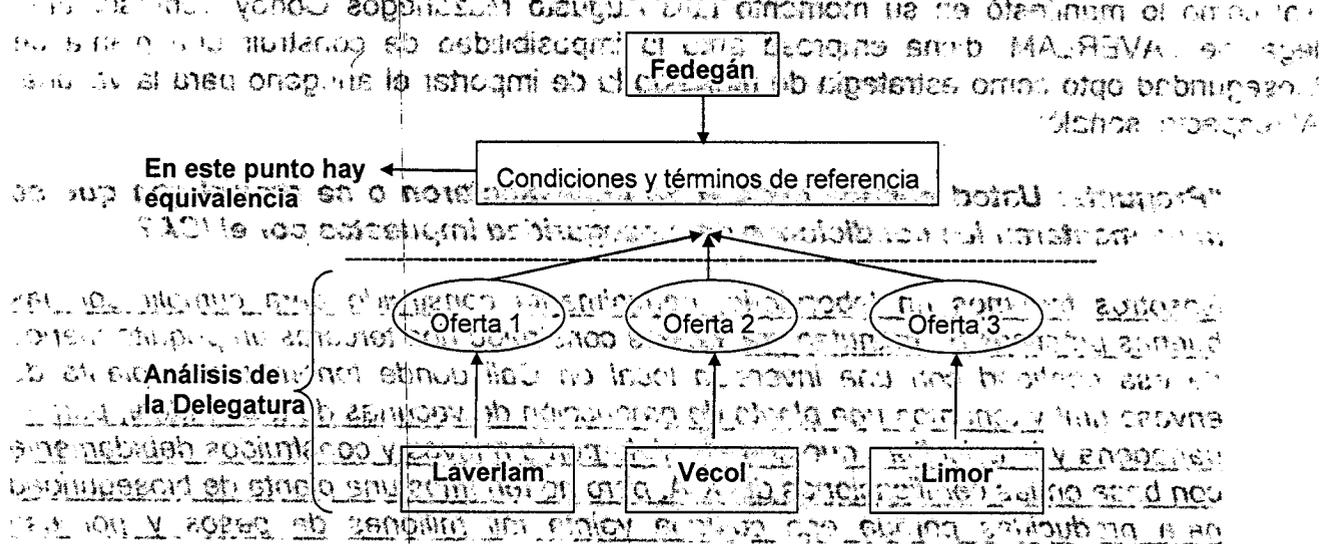
Respecto de LAVERLAM, no se encuentran elementos probatorios que sustenten que ofertó en las mismas condiciones comerciales que VECOL.

Las diferencias en el trato están justificadas, por cuanto las condiciones ofertadas por LAVERLAM y LIMOR en relación con VECOL, no se encuentran en planos de equivalencia."

Contrario a la estructura planteada por la DELEGATURA, para este Despacho el análisis sobre las condiciones análogas no puede partir de la comparación de las ofertas presentadas cuando la conducta en cuestión se realizó un eslabón más arriba en la decisión a tomar por parte de FEDEGAN. Es decir, la decisión de no comprar la vacuna con cepa importada impidió de manera directa que se pudieran presentar las respectivas ofertas. El siguiente esquema intenta describir la situación planteada:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Gráfica 3



Como puede visualizarse, independientemente de las características, diferencias o similitudes entre las ofertas de los laboratorios, de manera *ex ante* a la presentación de las mismas, éstos se encontraban en una situación de equivalencia frente a comprador dominante. Es por lo anterior, que se extrae esta Entidad de realizar un recorrido sobre los diferentes argumentos de las partes involucradas relacionados con la existencia o no de condiciones análogas en las ofertas. Pues el mismo resulta superfluo cuando la esencia de la comparación a realizar no requiere evaluar como actuaron los agentes, sino el hecho de estar presentes o por lo menos tener las condiciones para estar presentes en el mercado de la producción y venta de vacunas. Para entender mejor lo ocurrido históricamente en el mercado, es clara y precisa la descripción realizada por la DELEGATURA en su Informe:

"Entre los años 1998 y 2005, los laboratorios LAVERLAM, LIMOR y VECOL cumplieron con lo establecido por la Resolución No. 1056 de 1996 sobre control técnico de insumos pecuarios, lo que les permitió producir y vender sus vacunas contra la fiebre aftosa. A partir del 16 de marzo del año 2005, entró en vigencia el Reglamento Técnico de Seguridad Biológica para Manipulación del virus de la fiebre aftosa, el cual fue adoptado mediante Resolución No. 0749 del 26 de marzo de 2003. Este impuso a los laboratorios productores, la obligación de implementar plantas bajo el Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A) para la manipulación del virus de la fiebre aftosa.⁸⁴ En consecuencia, los laboratorios VECOL y LIMOR invirtieron importantes recursos en la adaptación de sus plantas de producción al NSB3A, obteniendo certificación en el año 2006, mediante Resolución No. 2296 de agosto 10 y en el año 2007 mediante Resolución No. 987 del 16 de abril, respectivamente.

Por su parte, LAVERLAM, en lugar de adaptar su planta al NSB3A, decidió tramitar una autorización para la importación del antígeno inactivado desde el laboratorio Biogénesis en Bagó en Argentina, para la formulación de la vacuna en Colombia, logrando dicha autorización a finales del año 2006.

⁸⁴ Reglamento Técnico de Seguridad Biológica para Manipulación del virus de la fiebre aftosa, Resolución No. 0749 del 26 de marzo de 2003. "2. SEGURIDAD BIOLÓGICA EN FIEBRE AFTOSA. Debido a su elevado grado de difusión en el medio ambiente y la contagiosidad para varias especies animales, además de otros efectos negativos directos o indirectos en la producción animal, el virus de la fiebre aftosa solamente podrá ser manipulado bajo Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A)."

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Tal como lo manifestó en su momento Luis Augusto Mazariegos Godoy, representante legal de LAVERLAM, dicha empresa ante la imposibilidad de construir una planta de bioseguridad optó como estrategia de mercado la de importar el antígeno para la vacuna. Al respecto, señaló:

"Pregunta: Usted conoce cuando se implementaron o se requirieron que se implementaran las condiciones de bioseguridad impuestas por el ICA?"

Nosotros tenemos un laboratorio, parcialmente construido para cumplir con las buenas prácticas de manufactura, hemos construido dos terceras un poquito menos de esa cantidad con una inversión local en Cali donde tenemos una planta de envase gmt y tenemos una planta de producción de vacunas de toda índole, para la ganadería y la avicultura que son absolutamente nuevos y construidos debidamente con base en las certificaciones del ICA, pero no tenemos una planta de bioseguridad para producirlas porque esa costaba veinte mil millones de pesos y por eso encontramos como solución importar el antígeno. (Subrayado fuera de texto)

Es de esta manera como se obtuvo la respectiva autorización por parte del ICA el 1 de noviembre de 2006 en los siguientes términos⁸⁵.

"(...) 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 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 – BAGO, ubicada en Garín, 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. (...)"⁸⁶

⁸⁵ Sentencia de 2 de septiembre de 2009 Exp. 2007-078 Juzgado 8 Administrativo de Bogotá. Confirma los argumentos esgrimidos por el 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." Folios 1868 a 1878 del Cuaderno No. 10 del Expediente.

⁸⁶ Folios 3736 a 3738 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente. Adicionalmente, obra en el expediente el Certificado de Inspección Sanitaria de Animales, Productos de Origen Animal y Biológicos Importación Autorizada con documento de Importación No. SA-01795-07. Folio 278 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Nacional del Ganado; f) Un representante de la Federación Nacional de Fondos Ganaderos.

En la mencionada reunión, se discutió sobre la autorización otorgada por el ICA, decisión que fue defendida por el Dr. Edilberto Brito, Coordinador del Grupo de Riesgos y Asuntos Internacionales, quien al presentar sus argumentos manifestó que:

"(...) el resultado final del análisis de riesgo dio como resultado que la importación de antígenos inactivados de Fiebre Aftosa (A₂₄ Cruzeiro, O₁ Campos) procedentes del Laboratorio Biogénesis – BAGO Argentina, representa un riesgo insignificante." (Subrayado fuera de texto)⁸⁹.

En el acta de la reunión se observan además los siguientes pronunciamientos:

"(...)

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 de antígenos inactivados de Fiebre Aftosa (A₂₄ Cruzeiro, O₁ Campos), procedentes del Laboratorio Biogénesis

⁸⁹ Ya desde 1999, en las Actas de la Comisión es posible identificar el debate entre FEDEGAN y el ICA por este tema, así como la renuencia de FEDEGAN a aceptar la posibilidad de comprar vacuna importada. Acta de la Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa de 6 de septiembre de 1999: "El Dr. Álvaro Abisambra [Gerente General del ICA] aclaró que el tema de la importación de vacuna contra fiebre aftosa es un tema técnico que compete al ICA como Autoridad Sanitaria del país no es competencia de la Comisión. Sin embargo, por solicitud de los asistentes, presentó información general sobre los estudios de riesgo, los análisis y controles sanitarios que se realizaron en el ICA para otorgar el registro de la vacuna procedente del Brasil al laboratorio Mallinckrodt (hoy Schering Plough) en 1998. El Dr. Zambrano [Presidente ASOGANORTE] planteó su preocupación por los riesgos y recordando los planteamientos hechos en la reunión del 5 de octubre de 1998. El Dr. Abisambra comentó que se analizará la vigencia del análisis de riesgos realizado, teniendo en cuenta la situación actual del programa de erradicación de Colombia. Se plantea entonces, que el ICA y FEDEGAN se dirijan al Ministerio de Comercio Exterior para buscar una solución a este tema sobre la base de la protección a la producción nacional" Acta de la Quinta Reunión de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa celebrada el 22 de marzo de 2000: "Con relación al tema de la importación de la vacuna contra la fiebre aftosa el Dr. Zambrano insiste que si hay laboratorios en el país que producen vacuna de buena calidad y que según su opinión, "no se debe permitir a un laboratorio extranjero que venda vacuna, máxime si representa algún tipo de riesgo", El Dr. Correa [Representante del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural] comenta que teniendo en cuenta el análisis de riesgo y que el concepto técnico, desde el punto de vista comercial el Ministerio no puede hacer ningún reparo. El Dr. Giraldo [Subdirector de la FEDEGAN] manifiesta que el gremio definió no comprar vacuna a dicho laboratorio. La Comisión aprueba que en esta acta se incluya el concepto del Dr. Zambrano que literalmente es el siguiente: "El Dr. Zambrano, interpela para decir que desde el punto de vista técnico, tiene razón el Dr. Abisambra al decir que compete al ICA otorgar o no el registro, pero que discrepa en lo afirmado por él, cuando dice, que no es competencia de la Comisión Nacional, lo que estamos discutiendo sobre la importación de vacuna, considera que si es competencia de la comisión. Agrega que ya existe en el mercado tres marcas, buenas, una producida por Vecol, empresa del gobierno y de los mismos ganaderos, que genera trabajo a gente nuestra, que la producción nacional es suficiente, que la vacuna brasilera según parece no pasó el año pasado las pruebas de potencia (...) Preciso que por ningún motivo debe importarse vacuna (...). Propone que la comisión como tal, se oponga a la importación de la vacuna (...)"

"Por la cual se imponen unas sanciones"

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 altas sumas en el mejoramiento de las condiciones de bioseguridad del laboratorio fue asumida solamente por la empresa.

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. Respetó 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 compañía 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 estarían (sic) disponibles para el próximo ciclo.

El representante de FEDEGAN preguntó si la importación se haría solamente para el laboratorio interesado o si esta (sic) se daría para terceros, ej. Limor. Adicionalmente pidió que se aclarara si el laboratorio interesado en la importación no tendría impedimento por no tener nivel de Bioseguridad-3 como lo requiere la legislación.

El Dr. Valencia, Gerente del ICA le aclaró (sic) que ese nivel de bioseguridad se requiere para la producción de los antígenos, lo cual en este caso realiza Biogénesis en Argentina. Que para la formulación de la vacuna, que es el proceso que se realizaría en Colombia con virus importado ya inactivado, ese nivel de bioseguridad no se requiere. Ese nivel de bioseguridad se requiere para realizar la prueba de inocuidad y esta puede ser contratada con un laboratorio que tenga nivel de bioseguridad en el país o en el exterior.

El Dr. Zambrano [Presidente Asoganorte, Representante de las Asociaciones Ganaderas] recordó que hace aproximadamente 10 años este tema fue discutido y que en su presentación el ICA dijo que había riesgo insignificante, lo cual en su concepto implica que hay riesgo, por lo cual solicito (sic) expresamente que este comentario fuera incluida en el acta. Adicionalmente, pidió que se busque otra alternativa al suministro de vacuna diferente a la importación. Manifestó que no comparte la posición del Gobierno, agrego (sic) que siendo VECOL empresa del Estado y de los ganaderos debe buscarse un "plan B" con el mismo VECOL. Adicionalmente, que todos estos controles que implica la importación se los antígenos es un gasto excesivo del gobierno.

A sus comentarios, la Dra. Deyanira Barrero le aclaró que el análisis de riesgo de hace 10 años al que el (sic) se refirió, dio como resultado un riesgo insignificante también y nunca se presentó un concepto que dijera que esa importación debía ser prohibida, que no se realizó por otras razones de competencia del importador pero no por razones sanitarias. Adicionalmente se le aclaró que los costos de toda esta de controles eran asumidos por el interesado y no representaban gastos del gobierno.

El Viceministro además, le aclaró que el Gobierno Nacional no puede trabajar en función de favorecer el monopolio de VECOL, sino buscar la transparencia. Aunque el Ministerio posea un alto porcentaje de las acciones de VECOL, en su deber respetar el derecho de los ciudadanos de ejercer la libre competencia y el libre mercado. Le aclaró también, que en ningún caso existe riesgo cero, pero se puede aceptar un nivel insignificante con la aplicación de un nivel razonable de control utilizando evidencias científicas, para evitar retaliaciones en contra de los productos colombianos.

El Gerente General del ICA manifestó a los asistentes su malestar por la forma en que diferentes empresas y agremiaciones han manejado el tema de la importación de antígenos con los medios de comunicación, desinformando a la opinión pública y con argumentos en contra del Instituto y de organismos de referencia internacional que se acercan a la calumnia, como es el caso de ASINFAR en particular (sic) contra del Centro Panamericano de Fiebre Aftosa PANAFOSA – OPS/OMS.

FEDEGAN solicitó que se incluyera en el acta que esa organización no ha intervenido en esa serie de comunicados de prensa que se han publicado en los diferentes medios y ratifica la posición antes expuesta.⁹⁰ (Subrayado fuera de texto)

⁹⁰ Folios 3477 a 3482 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Se comparte plenamente en este punto la interpretación realizada por la DELEGATURA sobre el acta de la reunión sostenida, la cual se transcribe a continuación:

"De la lectura de los apartes del Acta mencionada se concluye que (i) no existen restricciones legales ni técnicas a la posibilidad de importar antígeno inactivado siempre que se cumpla con los requisitos y procedimientos establecidos por el ICA, tal como lo hizo LAVERLAM; (ii) para la manipulación de antígeno inactivado y formulación de la vacuna a partir del mismo, no es necesario contar con NSB3A; (iii) es política del Gobierno Nacional permitir la importación de antígenos, pues la imposición de obstáculos resulta inconveniente para el país; (iv) el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reconoce que si bien tiene participación accionaria en VECOL, no debe propiciar un monopolio y debe propender por la transparencia en el mercado. Igualmente, de los comentarios realizados por algunos de los participantes es posible deducir la indisposición de FEDEGAN y del representante de los Comités Ganaderos a la posibilidad de importación del antígeno, así como su intención de proteger al laboratorio VECOL"

A pesar de lo anterior, FEDEGAN decidió que no compraría vacunas cuyo antígeno fuera importado, prefiriendo las vacunas 100% nacionales, con lo que se aplicó una condición discriminatoria para con LAVERLAM al negarse a comprar sus vacunas sin una razón objetiva y comprobada. Esto, teniendo en cuenta que, como ya se explicó, LAVERLAM se encontraba ejerciendo una operación equivalente a la de los demás laboratorios que para el caso específico la ubicaba además en una condición análoga frente a los mismos.

En efecto, la restricción técnica impuesta de manera unilateral por parte de la investigada desconoció la posición oficial de la autoridad competente para autorizar la actividad pretendida por la quejosa estructurando de manera artificial una barrera de entrada al mercado. Debe recordarse en este punto que la discriminación de la forma como es analizada en el caso específico, parte de la existencia de una posición de dominio ejercida por FEDEGAN en el mercado de la producción y venta de las vacunas que en caso de no existir, seguramente desdibujaría la esencia misma de la conducta. A continuación, se evaluarán las pruebas que para este Despacho sustentan la existencia de una discriminación por parte de la investigada:

- Acta Junta Directiva de la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGAN Acta 336 del 25 de marzo de 2009⁹²:

"(...) 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)

⁹¹ Página 64 del Informe Motivado.

⁹² Folio 1722 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Del aparte del acta en mención, se confirma la compra de vacuna con cepa importada a LAVERLAM, lo cual desarticula el eje de la justificación alegada por la investigada basada en los riesgos que para el programa podría tener la procedencia de dicho producto. En otras palabras, no puede aceptarse que LAVERLAM haya sido una opción de oferta de producto ante la ausencia de vacunas locales, pero que posteriormente se niegue la posibilidad de comprar sus productos, los mismos que ya habían sido aplicados sin inconvenientes, debido a una desconfianza frente a su origen. A pesar de lo manifestado por el señor Luis Fernando Salcedo, Gerente Técnico del FNG⁹³

- Propuesta términos de referencia de FEDEGAN en relación con la compra de vacuna respecto del Ciclo I 2010⁹⁴.

"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)

En el documento referido se manifiesta directa y expresamente la intención de no comprar vacunas con cepas exóticas, así las mismas sean homólogas a las existentes en el país. Esta decisión se toma a pesar que de acuerdo con la autoridad técnica en el sector como es el ICA e incluso el Ministerio de Agricultura las vacunas de LAVERLAM podían ser comercializadas y aplicadas en el programa de erradicación administrado por la investigada. La posición de FEDEGAN fue ratificada por el señor Luis Fernando Salcedo, Gerente Técnico del FNG, quien en su testimonio afirmó

"Pregunta: ¿FEDEGAN por política oficial decidió que las vacunas que habría de comprar para los ciclos tendría que ser únicamente aquella que se hubiera producido en el país con las condiciones de bioseguridad establecidas por el ICA?"

Respuesta: Esa ha sido nuestra posición, porque el ICA no nos garantiza riesgo de contaminación de cepas externas."

⁹³ En su testimonio del señor Salcedo señaló:

"Pregunta: ¿Una vez que el ICA aprueba diferentes lotes de vacuna producida por diferentes lotes de vacuna y certifica que cumplen con estándares de calidad, para Fedegan es indiferente o no, el uso de una u otra vacuna? Respuesta: En el caso de producción con las cepas manejadas en el país, no hay problema. En el caso que se presentó en su momento de cepas importadas con antígeno importado, no era lo mismo, porque ahí había un riesgo país. En ese laboratorio como en este caso del antígeno producido en Argentina se producen otros virus, entonces no tenemos la garantía de la manipulación y si se viene una infección con un virus donde este país está descubierto porque nunca se ha inmunizado con ese virus, pues se me acaba la ganadera en dos segundos. Eso es lo que educa FEDEGAN y es que estaba corriéndose un riesgo y que no se justificaba habiendo vacuna de producción nacional que cumpliera con los requisitos y de hecho en su momento fue una decisión del ICA que nos obligó. Nosotros le dijimos al ICA: usted me obliga a vacunar como órgano supremo o paramos la vacunación al 85 o al 86% que llevábamos? y el ICA nos dijo que teníamos que concluir el ciclo y que existiendo esa vacuna en el mercado deberíamos concluir, esto a través de un oficio del Gerente General del ICA. Entonces nosotros usamos esa vacuna importada"
(Subrayado fuera de texto)

⁹⁴ Folio 1831 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

A pesar de lo anterior, es importante recordar que el Juzgado 8 Administrativo del Circuito de Bogotá, al resolver una Acción Popular instaurada por parte del señor Guillermo Vargas Ayala en contra del ICA y de LAVERLAM, frente al punto concluyó que:

"(...) en biología no existe riesgo cero y obviamente dentro de éstos están los antígenos. Si un país exigiera riesgo cero para permitir la importación de cualquier producto, no podría haber intercambio internacional." [Negrilla fura de texto]⁹⁵

Considera suficientes este Despacho los anteriores elementos probatorios para determinar que la investigada decidió no comprar las vacunas de LAVERLAM en razón al origen del antígeno a partir del cual se producían.

c) Que la discriminación coloque en situación desventajosa a consumidores o proveedores de condiciones análogas

En relación con la conducta de discriminación es importante señalar que resulta suficiente demostrar que un agente dominante discrimine y ponga en una situación desventajosa a un consumidor o proveedor de condiciones análogas, sin que se exija la efectiva salida del mercado. Lo anterior sin perjuicio, como se expone más adelante, que en criterio de este Despacho también se presentó la conducta de obstrucción.

En el presente caso, debido a la política impuesta por la investigada, LAVERLAM se ubicó en una posición de desventaja frente a sus competidores directos al punto de que a pesar de haber vendido un lote de sus vacunas, su participación se vio disminuida sustancialmente entre los años 2007 y 2008 hasta el punto que en la actualidad no tiene ventas registradas como se observa en la Gráfica 1 presentada en el numeral 8.3.5 de la presente Resolución.

Dicha modificación en la estructura del mercado no se debió a un ejercicio de competencia entre los oferentes, sino a la decisión injustificada de no compra por parte del monopsonista. Además, no puede perderse de vista que para cumplir con el requerimiento impuesto por FEDEGAN y construir una planta para la producción de cepa nacional, era necesario invertir aproximadamente 10 millones de dólares. Al no dársele siquiera la oportunidad de ofertar su producto, dicha empresa se encontró en un escenario en donde incluso tuvo que incinerar un lote de dos millones de dosis como lo manifestó Luis Augusto Mazariegos, representante legal de LAVERLAM.

(...) nos vimos obligados a importar el antígeno en vez de eso, para lo cual el ICA nos dio el permiso correspondiente y logramos traer después de cumplir con alrededor de 36 diferentes condiciones que nos impusieron para poder autorizar la importación logramos traer un solo lote de dos millones de dosis, entonces, el pueblo nos demandó, llamo al pueblo a una demanda que instauraron aquí personas de cierta manera desconocidas, pero yo creo, eran influenciadas para que no nos permitieran a nosotros seguir operando con el antígeno. Logramos sacar un solo lote que se vendió y lo compró íntegro la Federación Nacional de Ganaderos, ¿por qué?, porque no tenían una vacuna que valiera la pena en esa época.

⁹⁵ Folio 1871 del Cuaderno No. 10 del Expediente.

posteriormente logramos traer otro lote de dos millones de dosis y aquí estoy hablando de recientemente, porque lo tuvimos que quemar porque la Federación de Ganaderos no nos lo quiso comprar, entonces ordenaron la incineración de dos millones de dosis adicionales y eso nos llevó a la situación actual de la compañía en que estamos absolutamente en manos de la ley 1116".

Las circunstancias descritas muestran la forma como la quejosa se vio en una situación de desventaja en la competencia por la venta de vacunas para la fiebre aftosa, lo que completa la estructura de la conducta de discriminación investigada.

Ahora bien, en relación con los demás laboratorios, en especial de Limor, dado que en su contra no se impuso ninguna condición que resultara claramente injustificada como lo es el origen de la cepa, este Despacho no considera que pueda establecerse la existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Tampoco existen pruebas en el expediente que demuestren algún tipo de conducta discriminatoria en los términos ya vistos, en la forma como se trataron por parte de FEDEGAN las ofertas de LIMOR y VECOL, luego de la exclusión de LAVERLAM. Además, comparte este Despacho la existencia de elementos diferenciales entre ellas que impiden afirmar la existencia de condiciones análogas y refuerzan la inexistencia de políticas o condiciones injustificadas.

8.5. RESPECTO A LA OBSTRUCCIÓN

8.5.1. Posición de la DELEGATURA

De acuerdo con la posición de la DELEGATURA, la investigada impuso condicionamientos técnicamente injustificados a LAVERLAM, que consistieron en que las vacunas adquiridas deben ser formuladas con antígeno producido en Colombia, en plantas con NSB3A. Frente a LIMOR considera que a pesar de los posibles efectos estáticos en la participación de dicha empresa, no se encuentran elementos que permitan señalar que dicha situación sea un efecto de la conducta de FEDEGAN. En lo que se refiere a la venta de la vacuna de manera directa a los Comités Ganaderos, se señala que la misma no es probable dada la estructura del mercado. Finalmente, de acuerdo con el Informe Motivado, no existe un suficiente interés económico por parte de FEDEGAN para encontrar razonable la estrategia de obstrucción.

8.5.2. Posición del Apoderado de FEDEGAN

Según el Apoderado, ser el único comprador y el único vendedor en un mercado no es en sí misma una situación que pueda considerarse como anticompetitiva. En su concepto una interpretación contraria daría a entender que un competidor eficiente que logra obtener una posición de dominio en el mercado debido a sus buenas decisiones podría ser acusado de abuso de la misma por el sólo hecho de ser el único comprador o vendedor de un producto. Adicionalmente, considera que la razón para que los ganaderos no puedan acceder directamente a la vacuna emana de una regulación estatal. Reitera que sólo la investigada y aproximadamente 83 agremiaciones de ganaderos cuentan con la mencionada autorización y que es precisamente el ICA quien no ha permitido a los ganaderos comprar directamente la vacuna por razones de orden público. En opinión del abogado *"No es FEDEGAN quien con su conducta prohíbe que los ganaderos compren la vacuna, o que los laboratorios accedan a ellos directamente. Son la propia ley y el estado quienes no permiten que los ganaderos hagan esa compra directa"*.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Por último, se afirma que no hay sustento probatorio para concluir la existencia de una obstrucción por parte de la investigada, ni que se haya impedido el acceso al mercado a las empresas LIMOR o LAVERLAM.

8.5.3. Posición del Apoderado de LAVERLAM

Sobre la interpretación de la norma en cuestión, considera el Apoderado que en la misma sólo se utilizan los verbos "obstruir o impedir" mientras que en el Informe Motivado son utilizados indistintamente los verbos "obstruir", "dificultar", "imposibilitar" e "impedir". Por lo tanto, se opone a lo afirmado en el Informe Motivado cuando señala que debe probarse no sólo la estrategia comercial, sino también la capacidad de producir efectos anticompetitivos. En su concepto, se probó que FEDEGAN estableció una barrera de acceso para impedir la participación de los competidores de VECOL, con la excusa de exigir riesgo cero en las vacunas de LAVERLAM frente a quien, contrario a lo dicho en el Informe, sí se le afectó con la conducta. Así, sostiene que la conducta de FEDEGAN ha dificultado la subsistencia de los competidores de VECOL, quienes han participado ofreciendo las mismas o mejores condiciones que este laboratorio y aun así no han aumentado su participación en el mercado.

8.5.4. Consideraciones del Despacho

La segunda conducta a analizar es la contenida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en virtud de la cual se considera anticompetitivo *"obstruir o impedir a terceros, el acceso al mercado o a los canales de comercialización."*

En primer lugar, debe manifestar este Despacho que comparte plenamente la descripción de la conducta realizada por parte de la DELEGATURA cuando se refiere a sus características exclusorias en los siguientes términos:

"Esta conducta anticompetitiva se enmarca dentro de las denominadas conductas exclusorias, entre las cuales se encuentran, por una parte, aquellas que pretenden restringir la entrada o la participación de competidores en el mercado vía precios; y por otro lado, aquellas que buscan impedir o dificultar la entrada o permanencia de los competidores usando mecanismos distintos al precio. Dentro de este último tipo de conducta se enmarca la prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Derecho 2153 de 1992. El concepto de obstrucción, o cierre anticompetitivo del mercado, hace referencia a una situación en la cual las posibilidades de acceso o permanencia de competidores concurrentes o potenciales en el mercado, resultan menoscabadas como consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia desplegada por una empresa con posición de dominio.⁹⁶ Tal eliminación o

⁹⁶ Ver Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes. "En el presente documento se emplea el concepto de «cierre anticompetitivo del mercado» para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores. (...) las pruebas directas de una estrategia de cierre. Se trata en este caso de documentos internos que contienen pruebas directas de una estrategia para excluir a competidores, tales como un plan detallado de seguir una determinada conducta para excluir a un competidor, para impedir la entrada o para evitar la aparición de un mercado, o pruebas de amenazas concretas de tomar medidas excluyentes. Estas pruebas directas pueden servir para interpretar la conducta de la empresa dominante."

disminución de las posibilidades de competir en un mercado se produce como consecuencia del levantamiento de barreras a la entrada por parte de una empresa que ostenta posición de dominio."

En el mismo sentido, se considera acertada la descripción de los elementos de la conducta realizada en el Informe Motivado, en donde el primero de ellos se refiere a que el acto obstruya o impida el acceso, en segunda medida que se realice en contra de un tercero y finalmente que la obstrucción se ejerza sobre un mercado o un canal de comercialización. Ahora bien, en lo que se refiere a la determinación del alcance de la conducta como elemento de análisis para su demostración es necesario realizar algunas aclaraciones.

De acuerdo con la posición planteada en el Informe Motivado, "(...) *el análisis de las conductas abusivas de la posición de dominio en general, y de las restricciones verticales en particular, también implica determinar y analizar el alcance de la conducta como tal. Es decir, no es suficiente con determinar que una estrategia comercial es anticompetitiva solo porque puede eventualmente excluir a los competidores, sino que del tenor literal del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, también resulta necesario determinar su alcance, del cual depende, finalmente, la capacidad de la conducta para producir efectos anticompetitivos.*"

Para el Apoderado de LAVERLAM, la norma no prevé que deba probarse la mencionada capacidad y por ser una norma de tipo sancionatorio no es posible añadir o remover elementos de la misma. Igualmente considera que se están utilizando por parte de la DELEGATURA una serie de verbos para describirla que no están incluidos en su definición.

En lo que se refiere a la utilización de verbos para describir la conducta, considera este Despacho que la DELEGATURA en su Informe busca con el lenguaje utilizado facilitar el entendimiento de la misma y no se llega con dicha descripción a ningún tipo de inducción a error o aplicación extensiva de la norma. En este sentido y como bien lo anota el Apoderado, en el mismo significado natural de las palabras obstruir e impedir son utilizados verbos como imposibilitar o estorbar. Finalmente, es más que clara la posición del Delegado en cuanto a los elementos que componen la infracción cuando afirma que el primero de ellos consiste en:

"Que el acto (i) obstruya o (ii) impida el acceso. Así las cosas, para que la conducta se configure es necesario que el agente con posición dominante erija barreras a la entrada que imposibiliten, dificulten o hagan más onerosa la concurrencia"

En la descripción realizada, contrario a la posición planteada por el Apoderado, no se modifican los verbos rectores de la norma sino que se realiza una interpretación sobre lo que puede entenderse como obstrucción al mercado en donde la estructuración de barreras de entrada artificiales, puede constituirse como un mecanismo para concretar dicha conducta. Ahora bien, en lo relacionado con su alcance como elemento constitutivo de la misma, debe señalarse que la "capacidad para producir efectos" a que se refiere la DELEGATURA, se relaciona con el concepto de qué tan significativa puede ser para el mercado en cuestión y no a si se encuentran demostrados los efectos de la infracción. Resulta útil traer a colación lo que al respecto ya se dijo en otro caso analizado por esta Entidad:

S-00-2011-40912

RESOLUCIÓN NÚMERO 40912 DE 2012 Hoja N°: 61

"Por la cual se imponen unas sanciones"

"Como ya se señaló, el análisis de las conductas abusivas de la posición de dominio en general, y de las restricciones verticales en particular, también implica determinar y analizar el alcance de la conducta como tal. Es decir, no es suficiente con determinar que una estrategia comercial es anticompetitiva solo porque puede eventualmente excluir a los competidores, sino que del tenor literal del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, también resulta necesario determinar su alcance, del cual depende, finalmente, la capacidad de la conducta para producir efectos anticompetitivos.

El análisis de la determinación del alcance es contextual, y por lo tanto, este Despacho se abstiene de presentar consideraciones generales que condenen toda exclusividad en ventas o en publicidad, considerando que una correcta interpretación de las normas de competencia, a la luz de los propósitos y objetivos constitucionales, invita a hacer consideraciones según los hechos y las circunstancias de cada caso. En particular, es importante señalar que la valoración de una conducta presuntamente abusiva de la posición dominante es diferente según el alcance o la extensión que tenga en el mercado relevante que se investiga.

La estrategia de un actor con posición dominante basada en restricciones verticales no necesariamente es abusiva, si se destina a un grupo de establecimientos comerciales que en su conjunto no resulten lo suficientemente significativos como para ejercer una restricción vertical activa frente a los competidores llegar a los consumidores y competir por obtener mayores locales para la comercialización. (Subrayado fuera de texto)

De la anterior posición se extrae que el alcance al que se ha hecho referencia está circunscrito al impacto en el mercado, el cual adicionalmente debe analizarse bajo un criterio caso a caso sin ser viable plantear reglas generales de aplicación. De cualquier forma, es fundamental dejar claro que al no ser una conducta de aquellas denominadas "por objeto" la demostración de la obstrucción o de la forma como se impidió o de que efectivamente se hubiera podido impedir el acceso a los mercados o a los canales de comercialización si resulta necesaria y no puede considerarse como un elemento ajeno o adicional a la norma en cuestión. A continuación se evaluará si en el caso específico se realizó algún tipo de obstrucción en el mercado de la producción y venta de vacuna.

Sobre la obstrucción considera el Apoderado de FEDEGAN que ser un único comprador o un único vendedor no es sancionable a la luz de las normas de competencia y que la decisión de no comprarle a LAVERLAM y LIMOR está justificada en la existencia de condiciones no análogas entre dicha empresa y los demás laboratorios. Considera igualmente que la razón por la que los ganaderos no compran directamente la vacuna es directamente la regulación estatal.

Para este Despacho, es fundamental subdividir este tema en dos bloques. Por una parte, la existencia de una obstrucción ejercida frente a LAVERLAM y por la otra, la obstrucción ejercida en contra de LIMOR. Esto teniendo en cuenta que las circunstancias de hecho que rodean una y otra situación son diferentes.

⁹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 33361 de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

a) Obstrucción ejercida en contra de LAVERLAM

Tal y como ya fue desarrollado en el presente acto administrativo, está demostrado en opinión de este Despacho que existe una posición de dominio ejercida por FEDEGAN en la compra de la vacuna contra la fiebre aftosa. Igualmente, se explicaron las razones por las que se considera que hubo un abuso de dicha posición al discriminar de manera injustificada a uno de los oferentes del producto, como lo es LAVERLAM.

La exigencia de requisitos técnicos no impuestos por las autoridades regulatorias del sector, a partir de los cuales la quejosa no tuvo oportunidad de participar en la venta de vacunas, se constituye como una barrera artificial de entrada aplicada por el agente dominante. Asimismo, es claro que la barrera se aplicó de manera directa en contra de uno de los oferentes del producto y tuvo como consecuencia que éste no volviera a venderlo en el mercado, con lo cual se recorre la definición de la conducta estudiada.

Si bien una discriminación de este tipo no necesariamente conlleva a una obstrucción, en el presente caso existen suficientes elementos para determinar que las políticas aplicadas por la investigada crearon la ya mencionada barrera artificial de entrada al mercado, pues con las características propias del mismo, LAVERLAM no tenía otra opción que la de dejar de vender su vacuna. Es por esto, que los elementos probatorios que en principio sustentaban la conducta de obstrucción a los ojos de la DELEGATURA, son los que demuestran además en opinión de este Despacho la de discriminación. Lo expuesto debe ser interpretado como el reconocimiento de que una misma acción puede generar diferentes efectos que en su contexto encuadran en distintas conductas sancionables.

Contrario a la opinión del Apoderado de FEDEGAN y como fue evaluado anteriormente, LAVERLAM sí se encontraba realizando operaciones equivalentes, por lo que el decidir como dominante no comprarle sus vacunas por el hecho de tener un antígeno importado, impide siquiera hablar de si sus ofertas eran o no competitivas en comparación de las demás. Además, tampoco está demostrada en el expediente la alegada diferencia en la calidad de las vacunas como razón de la decisión de no compra. Por el contrario, sí está expreso en los términos de referencia ya citados en este documento que FEDEGAN sólo compraría vacuna elaborada exclusivamente con tipos y cepas de virus comprobados en Colombia.

En lo que se refiere a la posibilidad para los laboratorios de vender de manera directa sus vacunas a las organizaciones ganaderas, tampoco comparte este Despacho la posición planteada por el Apoderado de FEDEGAN, quien entiende que en virtud de dicha situación el canal de comercialización no puede considerarse como obstruido. Frente a este punto, se comparte la interpretación de la DELEGATURA, plasmada en el siguiente aparte del Informe Motivado:

"A lo largo del informe se ha insistido en que la Ley 395 de 1997 erigió una barrera legal a la comercialización de la vacuna al consumidor final – los ganaderos – impidiendo así que los laboratorios vendan directamente la vacuna a aquellos y exigiendo que ello se haga siempre a través de las organizaciones autorizadas por el ICA, esto es, las OGGs⁹⁸. En consecuencia, el Programa de Erradicación

⁹⁸ "RESOLUCIÓN ICA 1779 DE 1998 ARTÍCULO OCTAVO.- La comercialización de la vacuna sólo podrá ser realizada por las organizaciones autorizadas por el ICA, como ejecutoras de proyectos (...)"

"Por la cual se imponen unas sanciones"

establecido mediante la Ley 395 de 1997, impide que los laboratorios vendan su vacuna directamente a los ganaderos. Por lo tanto, no es FEDEGAN quien ha impuesto esta restricción.

Sin embargo, como se explicó anteriormente, esta situación llevó a que FEDEGAN, aprovechándose de la barrera legal mencionada y de su posición como gremio al que se afilian o adscriben los Comités Ganaderos locales, se convirtiera en el único intermediario en la compra de la vacuna a los laboratorios y su posterior venta a los Comités Ganaderos. Es en esta intermediación donde FEDEGAN podría abusar de su posición de dominio, obstruyendo y dificultando la permanencia de los competidores en el mercado.

Ahora bien, la existencia de una barrera legal para la comercialización de la vacuna directamente al consumidor final, no faculta a FEDEGAN para imponer condicionamientos o restricciones que obstruyeran o impidieran la participación de un agente dentro del mercado de producción de la vacuna.

No desconoce por lo tanto esta Superintendencia que la regulación existente en lo que al programa de erradicación se refiere, permite que las organizaciones ganaderas compren la vacuna de manera directa a los laboratorios; sin embargo, es función de esta Entidad interpretar los mercados de la forma como se desarrollan y moldean en la realidad. En el presente caso, está demostrado en el expediente que a pesar de la posibilidad anotada, lo que ocurre en la práctica es que las organizaciones ganaderas ceden su capacidad de negociación y compra para que sea su agremiación quien las ejerza. Por lo tanto a pesar de la viabilidad regulatoria de multiplicidad de compradores, el mercado de venta de vacunas cuenta con solo un demandante efectivo en este momento. Se comparte en este punto lo ya afirmado por la DELEGATURA en los siguientes términos:

"Sin embargo, la venta directa de la vacuna de los laboratorios a los Comités Ganaderos autorizados, es en realidad improbable y en todo caso no se daría de manera oportuna ni suficiente. En consecuencia no podría considerarse real y efectiva desde el punto de vista de la competencia. La posibilidad de que los laboratorios vendan directamente a los Comités Ganaderos se ve impedida debido a: (i) la estructura orgánica existente entre FEDEGAN y los Comités Ganaderos, quienes se encuentran afiliados a su gremio; (ii) la estructura de mercado donde FEDEGAN actúa como monopsonista y en consecuencia puede fijar el precio de compra, presionándolo a la baja; (iii) la organización logística a nivel nacional que alcanza FEDEGAN, al poder imponer a los laboratorios los lugares donde deben realizar la entrega de la vacuna, haciendo uso de sus redes de distribución en frío; (iv) la reducción de costos de transacción para cada uno de los Comités Ganaderos, quienes solo se dedican a recibir la vacuna y a coordinar su venta a los ganaderos y posterior aplicación y no se ven forzados a negociar el precio y demás condiciones comerciales con cada laboratorio y para cada ciclo de vacunación."

Al respecto, fue el mismo representante legal de FEDEGAN quien señaló que:

"(...) no es igual cuando hay uno o dos o tres oferentes y 50 compradores, obviamente la capacidad del que oferta para ofertar mejor en condiciones menos buenas se reduce, que cuando tú tienes un comprador, entonces por supuesto si tienes un comprador que intermedia con comités afiliados pues obviamente ese vendedor tiene que entenderse de tu a tu y no son muy pocos vendedores y muchos

compradores; aquí hicimos lo contrario es un comprador que responde por una cantidad de comités entonces el que quiera vender tiene que darle a las mejores condiciones posibles, incluso hemos llegado a tener la vacuna por debajo del mercado internacional, pero de manera sustantiva gracias precisamente a la manera como hemos el tema⁹⁹

Así, al convertirse FEDEGAN en la "bocatoma" del sistema, una política discriminatoria como la aquí tratada obstruye el acceso al mercado pues las opciones de venta directa a las organizaciones ganaderas son escasas o nulas sin su intervención como ente que las agremia. No se trata por lo tanto de limitarse a invitar a los diferentes oferentes a que presenten sus ofertas, cuando simultáneamente se impide en los términos del proceso que en dichas ofertas se incluya producto con antígeno importado. Para esta Entidad, no es un cambio en la política implementada, el haber realizado una invitación el 26 de marzo de 2010¹⁰⁰ a la empresa LAVERLAM, en los siguientes términos:

"Con el fin de que usted presente la correspondiente propuesta para el suministro del biológico requerido para el desarrollo del Primer ciclo de vacunación de 2010 del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa y la Brucelosis Bovina, me permito informarle que se encuentran publicados los requisitos técnicos, logísticos, condiciones financieras y el plazo de entrega de la propuesta, en la página de inicio del portal Web de Fedegan: www.fedegan.org.co..."

La anterior comunicación no puede ser considerada como una decisión de permitir a LAVERLAM participar en las ofertas para la venta de vacuna, cuando son los mismos términos de referencia los que establecen que FEDEGAN "(...) 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". En otras palabras, no tiene razón de ser invitar a un laboratorio que como LAVERLAM sólo vende vacunas con antígenos importados, cuando en los mismos requisitos técnicos se restringe la oferta de su producto.

b) Obstrucción ejercida en contra de LIMOR

Debe diferenciarse la situación afrontada por LAVERLAM ya discutida a la que según el Informe Motivado ha enfrentado LIMOR. No puede olvidarse que el eje de la conducta aquí sancionada es la discriminación injustificada en contra de las vacunas con antígeno importado y es dicha política la que, en criterio de esta Entidad, obstruyó a la quejosa el acceso al mercado. En el caso de LIMOR, no puede interpretarse como una obstrucción el hecho de que su participación en el mercado haya disminuido o se mantenga igual después de la salida de LAVERLAM. De aceptar dicha posición, esta Autoridad se vería en la obligación de establecer los porcentajes de compras que FEDEGAN debería realizar a cada oferente, lo cual no sólo excedería sus facultadas sino que afectaría de manera directa el derecho a la libre contratación protegido por la Constitución Nacional.

En este punto se acoge parcialmente la posición del Apoderado de la investigada cuando advierte que "el empresario no tiene porqué explicar las razones por las cuales prefiere un producto que cumpla ciertos requisitos o los motivos por los que prefiere un proveedor sobre otro." En efecto, no es posible intervenir en la elección de compra de un agente ~~en el~~

⁹⁹ Interrogatorio de José Félix Lafaurie, Representante Legal de FEDEGAN (14 de febrero de 2011).

¹⁰⁰ Ver folio 1856 del Cuaderno Reservado 1.

mercado, sin embargo, cuando dicho comprador ejerce como monopsonista y aplica condiciones discriminatorias se configura una infracción al régimen de competencia. Ahora, si como ocurre en el caso de LIMOR, las condiciones de compra fueron aplicadas de manera transversal y objetiva entre los oferentes, no es posible hablar de una obstrucción en los términos de la infracción estudiada.

Difiere entonces este Despacho de la posición de la DELEGATURA, en virtud de la cual, se sustenta una "amenaza" de obstrucción en la participación de dicha empresa en el mercado y en que sus márgenes no son los que esperaría luego de la inversión en capacidad instalada realizada. Si se evalúa el primer argumento en términos relativos, se observa que la participación de LIMOR ha sido estable durante el período comprendido entre el año 1998 y 2010. (Gráfico 1)

Pero independientemente de esto, no se entiende la razón para exigir un incremento en las compras por parte de la investigada o entender la estabilidad en la participación de LIMOR como un indicio de obstrucción. Es decir, ante la salida de LAVERLAM del mercado, no era obligación de FEDEGAN distribuir entre los oferentes restantes dichas compras, más aun cuando, a pesar de los argumentos sobre imposición del precio, LIMOR no intentó competir ofreciendo precios más bajos que sus competidores directos.

Tampoco es aceptable endilgar a FEDEGAN una supuesta obstrucción basada en que en opinión de uno de sus proveedores las inversiones realizadas para la actividad no se han visto retribuidas en el ejercicio. De entrar en este escenario, nuevamente esta Entidad tendría que actuar como regulador del mercado incluso imponiendo los márgenes de intermediación, lo cual no es jurídicamente viable ni cumple con los propósitos del régimen de protección de la competencia.

Como conclusión, debe dejarse claro que a diferencia de lo ocurrido con LAVERLAM en donde se aplicó de manera directa una política discriminatoria no aceptable para un agente dominante, en lo que tiene que ver con LIMOR, no existen elementos probatorios que permitan señalar la existencia de una conducta reprochable, pues frente a esta compañía fueron aplicadas de manera objetiva las condiciones de compra por parte de FEDEGAN.

Como se verá en el capítulo relacionado con las políticas de compras implementadas, las decisiones de un comprador así se encuentre en una posición de dominio, no pueden ser sancionadas y mucho menos intervenidas por una autoridad de competencia a menos que se demuestre la existencia de discriminación frente a alguno de sus proveedores. No obstante, debe diferenciarse entre una decisión discriminatoria y una decisión propia del giro de los negocios en donde es posible elegir entre diferentes agentes la opción que más se acerque a las expectativas del comprador. En otras palabras, no puede exigírsele a un monopsonista comprar en partes iguales a todos sus oferentes por el hecho de participar en el mercado en condiciones análogas.

c) Respecto al interés económico de la conducta

Conforme a las conclusiones del Informe Motivado de la DELEGATURA *"la simple participación minoritaria de FEDEGAN y de los Comités Ganaderos en VECOL, no es suficiente para demostrar un interés de obstrucción del mercado a un laboratorio competidor que permita concluir que la conducta es económicamente razonable"*

A pesar de que este Despacho no encuentra como indispensable la prueba de un interés

económico específico para que se configure la conducta de obstrucción, no puede dejarse de lado que como se reconoce en el mismo Informe, de manera conjunta FEDEGAN tiene una participación accionaria del 2,06% en VECOL, además de hacer parte de su Junta Directiva. Adicionalmente, los Comités Ganaderos – que a su vez se encuentran afiliados a FEDEGAN y hacen parte de la red de comercialización de la vacuna – también tienen una participación accionaria que asciende al 15,65%. El interés económico no puede estar definido como la posibilidad de controlar una empresa, como ocurre en este caso, entre mayor participación pueda tener VECOL en el mercado, las ganancias para FEDEGAN, independientemente de si son distribuidas o no, serán mayores.

Adicionalmente, se observa que FEDEGAN manifestó expresamente su interés en que los laboratorios que implementaron el procedimiento necesario para garantizar el nivel de bioseguridad de la vacuna impuesto por el ICA, pudieran recuperar las inversiones en las que habían incurrido.

"(...) 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"¹⁰¹. [Negrilla y subrayas fuera de texto]

Así mismo, se encuentra que FEDEGAN manifestó expresamente su interés en aumentar su participación en VECOL:

*El doctor Lafaurie presenta sus comentarios acerca de la situación de VECOL, señalando que dicha empresa tiene autorización para desinvertir, manteniendo en cabeza del sector público el 51%, razón por la cual no se cree que ninguna empresa privada invierta. Para FEDEGAN-FNG sería estratégico invertir en dicha empresa, ya que el 80% de las utilidades de VECOL provienen de la vacunación de aftosa. Propone que FEDEGAN-FNG haga un esfuerzo para que el 20% de las acciones que tiene la Caja Agraria en liquidación, puedan ser adquiridas por el Fondo Nacional del Ganado con recursos de la parafiscalidad. (...)*¹⁰²

Así, esta Entidad considera que sí se probó un interés económico por parte de FEDEGAN en la realización de la conducta.

8.6. SOBRE LA VENTA ATADA

8.6.1. Posición de la DELEGATURA

La DELEGATURA encontró que había indicios de que FEDEGAN llevó a cabo la conducta conocida como "venta atada", a través de la cual se incluía en el precio de la vacuna el

¹⁰¹ Acta Junta Directiva de la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGAN Acta 336 del 25 de marzo de 2009. Folio 1722 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

¹⁰² Acta de Junta Directiva de la Federación Colombiana de Ganaderos -FEDEGAN No. 088 del 21 de diciembre de 2005. Folio 2803 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

RESOLUCIÓN NUMERO 40912 DE 2012 Hoja N°: 67

"Por la cual se imponen unas sanciones"

servicio de la aplicación de la misma, es decir, que los ganaderos estaban obligados a adquirir el servicio de la aplicación de la vacuna (producto vinculado) junto con la compra de la propia vacuna (producto vinculante) sin opción a que ésta fuese aplicada por otro veterinario que no hubiera sido aportado por FEDEGAN.

Con el fin de determinar la infracción y concluir si en realidad la venta atada existió, en el Informe Motivado se evaluaron los siguientes aspectos: (i) verificación de la posición dominante; (ii) la singularización del producto vinculante y vinculado; (iii) la configuración del factor de coerción y (iv) la posible existencia de eficiencias que justifiquen la conducta.

Respecto de la posición dominante, se señala en el Informe Motivado que está demostrado que FEDEGAN ostenta posición de dominio en el mercado de compra de la vacuna anti-aftosa.

En cuanto a la singularización del producto vinculante y vinculado, la DELEGATURA encontró que toda vez que tanto la vacuna como su aplicación pueden ser proveídas de manera independiente, existe una diferencia entre el producto vinculante, la vacuna anti-aftosa, y el producto vinculado, la aplicación de la vacuna por parte de los vacunadores autorizados. Anotó que si bien la vacuna y su aplicación se encuentran vinculadas por las condiciones legales vigentes, no por ello dejan de ser bienes que no puedan ser ofrecidos separadamente.

Acerca del factor de coerción, la DELEGATURA, considerando que para que se configure la venta atada el agente que la ejerce debe impedir que los compradores obtengan los productos de manera separada o imponer condiciones para que la compra individual sea más difícil, analizó dos aspectos: (i) el pago de los costos asociados al precio y (ii) la posibilidad legal de que la vacuna sea aplicada por vacunadores diferentes a los contratados por los Comités.

Sobre el pago de los costos de aplicación de la vacuna se indicó en el Informe Motivado que por lo menos parte de los costos de vacunación que deben ser asumidos por el FNG, son reembolsados al mismo Fondo con recursos provenientes del pago de la vacuna realizado por los ganaderos a los Comités, de esta manera parte de estos costos se trasladan al ganadero sin que éste conozca esa circunstancia. Sin embargo, destacó que no pueden dejarse de lado las eficiencias que se desprenden del esquema establecido, toda vez que los recursos retornan al FNG y se utilizan nuevamente conforme a los objetivos de la Ley 89 de 1993 y el artículo 16 de la Ley 395 de 1997 en beneficio de los ganaderos.

En relación con la posibilidad legal de que la vacuna sea aplicada por vacunadores diferentes a los contratados por los Comités autorizados por el ICA, la DELEGATURA señaló que, teniendo en cuenta el artículo 10 de la Resolución 1779 de 1998, desde la óptica legal existe la posibilidad de que las OGG apliquen la vacuna directamente, supervisen su aplicación o autoricen al ganadero para que lo haga. Adicionalmente, de acuerdo con los testimonios recogidos, anotó que es posible que los ganaderos apliquen la vacuna directamente a través de sus veterinarios de confianza, siempre que sea bajo la autorización y supervisión del ICA.

Finalmente, sobre las eficiencias de la vinculación entre la venta y la aplicación de la vacuna indicó la DELEGATURA que, teniendo en cuenta las fallas de anteriores campañas contra la fiebre aftosa con las que no se logró controlar el virus, es posible concluir que con

el actual esquema de comercialización y aplicación de la vacuna anti-aftosa se generan importantes eficiencias en tanto se alcanzan mayores coberturas de vacunación en todo el territorio nacional y permite obtener las certificaciones de país libre de aftosa.

Lo anterior debido a que el esquema: (i) permite mantener y controlar la calidad de la vacuna en la medida en que se preserva la cadena de frío y se asegura así su idoneidad; (ii) permite rastrear y hacer seguimiento y control a la efectiva aplicación de la vacuna al ganado; (iii) favorece al ganadero pues le otorga facilidades al momento de comprar la vacuna a las OGG autorizadas por el ICA, garantiza la aplicación de la vacuna a través de los vacunadores contratados o que están bajo la supervisión del Gremio Ganadero, asegura la conservación de la cadena de frío del biológico y el costo de aplicación de la vacuna lo asume el Fondo Nacional del Ganado y; (iv) la estandarización de los procedimientos de distribución y de aplicación de la vacuna conlleva un incremento del bienestar social y del consumidor.

Así, la DELEGATURA concluyó que no se configura la conducta de subordinación de la venta de un bien a la aceptación de obligaciones adicionales o venta atada dado que no se encuentra probado que FEDEGAN condicione la venta de la vacuna a la aplicación de la misma ni que deje de venderla a quienes manifiesten que no desean obtener dicho servicio.

8.6.2. Posición del Apoderado de FEDEGAN

Expone el Apoderado que con el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 se busca evitar que una empresa con posición dominante en un mercado, se aproveche de la misma para mejorar su posición en otro mercado relacionado en el que no cuenta con participación relevante. Considera que son los competidores del segundo mercado los que pueden resultar afectados con la conducta y es por eso que no deberían ser los laboratorios los que se quejen de la conducta de FEDEGAN, pues no tienen nada que ver con el mercado de aplicación de vacunas.

Adicionalmente afirma que en el presente caso no se presenta la coerción necesaria para que se configure la conducta y que implique el no acceso al producto o servicio principal sin adquirir el secundario. Lo anterior, toda vez que quienes deseen comprar la vacuna a la investigada pero aplicarla con un veterinario no contratado por el Fondo pueden hacerlo.

Complementa su posición señalando que aún en el caso en que se obligara a los ganaderos: "(...) la conducta no sería violatoria del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, ya que para que esto ocurra, quien realiza la conducta debe participar tanto en el mercado primario -en el que supuestamente tiene posición de dominio-, como en el secundario -que pretende monopolizar-, y que este (sic) subordinando la venta de su producto en el mercado primario al servicio que presta en el mercado secundario."

8.6.3. Posición del Apoderado de LAVERLAM

Para el Apoderado de LAVERLAM existen suficientes elementos de juicio para concluir que sí existió una venta atada entre el monopolista y los ganaderos. En primer lugar considera que la Superintendencia sí verificó el hecho de que FEDEGAN traslada los costos de aplicación de la vacuna a los ganaderos a través del precio de la misma mientras afirma que es un servicio gratuito. De esta forma, afirma que aquel que quisiera adquirir la vacuna debía contratar también la aplicación de la misma.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Teniendo en cuenta que las contribuciones parafiscales generan a cargo del contribuyente una prestación que es proporcional al beneficio obtenido con esos recursos, indica el Apoderado que los pagos que hacen los ganaderos al FNG se revierten a ellos en beneficios concretos, como es el caso de la implementación del programa anti-aftosa, razón por la cual, es claro que los ganaderos pagan ex ante por la vacunación cuando pagan la contribución parafiscal por concepto de ventas de leche o sacrificios de animales.

Adicionalmente considera, a diferencia de lo afirmado por la DELEGATURA, que el elemento de coerción para adquirir la vacuna y la aplicación de la misma si se configura con base en los siguientes argumentos: (i) el traslado de costos de vacunación a los ganaderos sin que estos lo sepan no se puede justificar con el hecho de que se retroalimente el sistema con el mismo pago de tributos y (ii) aunque exista la posibilidad de que las OGG autorizadas por el ICA realicen, supervisen o autoricen la aplicación de la vacuna, el hecho de tener que pagar nuevamente por el mismo servicio se convierte en el mayor elemento de coerción, toda vez que la vacunación ya fue pagada ex ante.

Finalmente, señala que no existe justificación para la conducta anticompetitiva de FEDEGAN por lo cual no puede ser calificada como eficiente. Lo anterior, toda vez que lo que está haciendo es engañar a los ganaderos al afirmar que el servicio de aplicación de la vacuna es gratuito cuando es sufragado por los mismos ganaderos y a través de esta manera la venta y el servicio de vacunación.

8.6.4. Consideraciones del Despacho

En primer lugar, este Despacho se pronunciará respecto del análisis realizado por la DELEGATURA sobre la conducta de venta atada. Si bien coincide con la conclusión presentada en el Informe Motivado donde se afirma que no se configuró la conducta, difiere del análisis realizado para arribar a dicha conclusión por las siguientes razones.

Respecto de la posición dominante de FEDEGAN en el mercado de compra de la vacuna anti-aftosa este Despacho ya señaló en el acápite 8.3.5 que se aparta de la conclusión presentada por la DELEGATURA según la cual está demostrado que FEDEGAN tiene posición de dominio en dicho mercado. En su lugar considera, teniendo en cuenta la nueva definición de mercado, que FEDEGAN ostenta posición de dominio en: (i) la compra de vacuna en el mercado de producción de vacuna anti-aftosa y (ii) la venta en el mercado de comercialización de la vacuna, la cual, como ya se mencionó, se entiende como la distribución y aplicación de la misma.

Ahora bien, en lo que se refiere a la singularización del producto vinculante y vinculado, este Despacho reconoce que existe la posibilidad de que tanto la vacuna como su aplicación se puedan proveer separadamente, sin embargo, considera oportuno recordar que la comercialización de la vacuna está compuesta tanto por la distribución como por la aplicación de la misma, razón por la cual es lógico que la vacuna se ofrezca al ganadero con el servicio de aplicación y no separadamente. Si, en el marco del Programa de Erradicación de la Fiebre Aftosa, la comercialización de la vacuna se entendiera solamente como la venta de ésta, se podría pensar en la existencia de un mercado separado para la aplicación del biológico.

No obstante lo anterior, para determinar si la vacuna y su aplicación corresponden a dos mercados distintos, el Despacho considera que es necesario analizar las características de

las demandas tanto de la vacuna como de la aplicación para poder concluir si en efecto existen mercados separados para los mismos.

De acuerdo con el "test de productos distintos"¹⁰³ que define que dos productos serán distintos y, en consecuencia, pertenecerán a mercados independientes si, en ausencia de la conducta que supone la vinculación, una parte sustancial de la demanda del producto vinculado, la aplicación de la vacuna, no se efectuaría a la empresa dominante en la oferta del producto vinculante, la vacuna. Así, en el presente caso, la hipótesis a contrastar sería si la proporción de la totalidad de los ganaderos que optaría por demandar únicamente la vacuna sin su aplicación, en ausencia de la supuesta vinculación, es suficientemente grande.

Cabe entonces preguntarse hasta qué punto existe demanda de la vacuna anti-aftosa por parte de los ganaderos sin la aplicación de la misma al disponer éstos de veterinarios cualificados y certificados para llevar a cabo esa tarea. Si ésta no fuera significativa, es posible concluir que, por el lado de la demanda, no existen mercados diferenciados para la venta de la vacuna y la aplicación de la misma, y que en realidad estamos frente a un solo mercado, el mercado de comercialización de la vacuna anti-aftosa, en el cual la vacuna y su aplicación son considerados como insumos para poder desarrollar dicha actividad.

Como se señaló anteriormente, es viable, en términos legales y técnicos, que la vacuna anti-aftosa sea aplicada directamente por personal ajeno a COOHORIZONTE. Sin embargo, el hecho de que exista la posibilidad no significa que esa sea la opción preferida por una parte importante de ganaderos. En efecto, no existe en el expediente prueba alguna que permita vislumbrar que los ganaderos no pueden adquirir la vacuna sin la inclusión de la aplicación de la misma.

Lo expuesto anteriormente, permite concluir que no se encuentra probado que exista demanda diferenciada para la vacuna y para la aplicación de la misma, que lleve a pensar en la presencia de dos mercados de producto diferentes, razón por la cual, difiere este Despacho de lo indicado por la DELEGATURA sobre la singularización del producto vinculado y vinculante.

Frente al factor de coerción, el Despacho considera que al no ser la compra de la vacuna por parte de los ganaderos y su aplicación mercados distintos, no es necesario verificar la existencia del mismo para determinar si efectivamente existió la venta atada. Lo anterior, toda vez que para que exista un factor de coerción se debe estar ante la presencia de dos productos, el vinculado y el vinculante, lo cual no sucede en el presente caso.

Sobre lo señalado por los Apoderados de FEDEGAN y LAVERLAM al referirse al factor de coerción, reitera este Despacho que no encuentra necesario determinar si existió o no un factor de coerción que impidiera que los productos y/o servicios se adquieran de manera separada, toda vez que la vacuna y su aplicación hacen parte de un solo mercado, el de la comercialización del biológico y por lo tanto no se pueden considerar como producto vinculante y producto vinculado.

¹⁰³Vickers John, "Some Economics of Abuse of Dominance" en Competition Policy in the EU, Oxford University Press 2009, p. 88.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Finalmente, no comparte el Despacho la afirmación que hace el Apoderado de LAVERLAM respecto de la justificación de la conducta anticompetitiva de FEDEGAN ya que, como se demostró, la conducta de venta atada no se puede configurar en ausencia de un producto vinculante y un producto vinculado como ocurre en el presente caso.

8.7. FRENTE A LA PROHIBICIÓN GENERAL

8.7.1. Posición de la DELEGATURA

De acuerdo con el Informe Motivado, FEDEGAN implementó un esquema contrario a la libre competencia, pues bajo el mismo los laboratorios no pueden competir en precios y la investigada impone las cantidades y los lugares donde los laboratorios deben entregar la vacuna, sin criterios objetivos para ello. Además, se imponen otras condiciones restrictivas sin fundamento técnico o legal que las justifique, tales como la exigencia de que la vacuna sea un producto 100% colombiano. Estos condicionamientos impuestos por FEDEGAN de forma unilateral resultan injustificados y restrictivos de la competencia. Según la posición planteada, el esquema de contratación implementado, no establece un sistema transparente de compra, que le permita a los participantes competir por el mercado en igualdad de condiciones.

8.7.2. Posición del Apoderado de FEDEGAN

No comparte el Apoderado la interpretación que sobre la norma en cuestión realiza la DELEGATURA. En su concepto, el artículo está compuesto de sólo dos prohibiciones y no por tres como lo interpreta la DELEGATURA. Al referirse específicamente al caso estudiado, se inicia la argumentación aduciendo que no es FEDEGAN quien fija los precios de las vacunas, sino los laboratorios quienes presentan sus propuestas. Es de manera posterior a la presentación de éstas que la investigada inicia un proceso de negociación basado en las condiciones comerciales ofrecidas.

Tampoco comprende por que el Informe Motivado señala que los laboratorios no pueden competir en precios, si por el contrario el interés del gremio es que dichos precios sean más bajos. Se alega que los criterios y lineamientos de compra fueron aplicados de manera general y objetiva, obviado los posibles efectos positivos o negativos que podrían tener sobre uno u otro laboratorio. La intención fue la de proteger al sector a nivel nacional y nunca la de perjudicar a un laboratorio específicamente.

8.7.3. Posición del Apoderado de LAVERLAM

Señala el Apoderado que la falta de claridad en los términos de referencia y en general al proceso de contratación, se debió principalmente a que los laboratorios no participaban en igualdad de condiciones. Para el Apoderado es suficiente para declarar la infracción plena y absoluta de las normas de protección de la competencia, el hecho de que un monopsonista no de garantía de una conducta responsable frente al mercado y, de que se pruebe la manera cómo favorece a una empresa para que se consolide como su vendedor.

Solicita además el desmonte de cualquier sistema, práctica o procedimiento que afecta la transparencia en la contratación que hace FEDEGAN a los laboratorios productores de vacuna aftosa, teniendo en cuenta que: (i) cuando se financie, temporalmente o no, con recursos públicos del FNG, las compras deben guiarse por los principios de la contratación

"Por la cual se imponen unas sanciones"

pública y las condiciones para participar y para evaluar las ofertas deberán ser claras y objetivas desde un inicio; y (ii) cuando no use recursos parafiscales, deberá actuar de forma equitativa y responsable, teniendo en cuenta el poder de mercado que ostenta y la obligación de dar un trato igualitario y objetivo para todos los participantes del mercado.

8.7.4. Consideraciones del Despacho

Son varios los aspectos que considera este Despacho deben ser analizados en el presente aparte. En primer lugar es necesario referirse a la interpretación sobre la aplicación misma de la norma y si es posible que exista una infracción sancionable por el hecho de realizar "toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia". Por otra parte, en caso de apoyarse la posición de la DELEGATURA sobre dicha interpretación de la norma, debe evaluarse si con la discriminación aplicada por parte de la investigada, se estructura una conducta tendiente a limitar la libre competencia. Por último, se analizará si el esquema de compras y comercialización estructurado por la investigada puede ser considerado como contrario al libre funcionamiento del mercado.

a) Sobre la interpretación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Ley 155 de 1959, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en su artículo 1 (modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963) establece que:

"ARTÍCULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307, de 1963, Art. 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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"

La norma, contrario a la posición del Apoderado de la investigada, reprocha tres tipos de conductas. En primer lugar, prohíbe 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. En segundo lugar, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y¹⁰⁴ aquellas prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En relación con la primera parte del artículo, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio¹⁰⁵ que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un consecuente incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma

¹⁰⁴ Real Academia de la Lengua Española.- Consulta elevada en el mes de noviembre de 2004, en el desarrollo del expediente No 04-047600. El departamento de español al día, responde: "Según lo entendemos, quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos".

¹⁰⁵ Véase: Numeral 1, artículo 45, Decreto 2153 de 1992. Dice el numeral citado: "Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por el mismo restrictivo.

Frente al segundo supuesto, doctrina de esta Superintendencia, anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 y del Decreto 2153 de 1992, había considerado que la segunda prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se ha de interpretar teniendo en cuenta que para que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término y de manera simultánea, debe mantener o determinar precios inequitativos. En ese sentido se resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas¹⁰⁶ y se manifestó la jurisprudencia contenciosa administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959.

No obstante este Despacho se aparta de la anterior interpretación y considera que las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- (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*"

Para el caso que nos ocupa se estudia si FEDEGAN desarrolló *prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*. El presente texto no requiere mayor interpretación, ya que el mismo es suficientemente claro. Contrario a lo que ocurre con las conductas de abuso arriba analizadas, en este caso no es necesario demostrar la existencia de una posición de dominio por parte del presunto infractor. No obstante, las prácticas o procedimientos implementados deben tender a limitar la libre competencia. Así las cosas, los elementos a determinar son 2:

- la estructuración de prácticas y procedimientos o sistemas
- tendientes a limitar la libre competencia

¹⁰⁶ 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 (el 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 muestra los efectos de este acuerdo, en relación con los precios de las pieles crudas*" (Negrilla añadida).

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; 27 de mayo de 1963; CP: Ricardo Bonilla Gutiérrez. *las disposiciones del artículo primero de la ley y su parágrafo no establecen limitaciones cuantitativas y se refieren a cualquier clase de acuerdos o convenios (expresión mucho más amplia que las de fusión, consolidación o integración) y tampoco hace distinción sobre si se trata de morosas que se dediquen a una misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora (como se hace en el artículo cuarto), sino que prohíbe esos convenios en cuanto tiendan a determinar precios inequitativos en perjuicio de consumidores o de productores de materias primas*" (Negrilla añadida).

Acudiendo al sentido literal y obvio¹⁰⁸ del verbo "tender" debe entenderse el mismo como "Propender, referirse a algún fin"¹⁰⁹. Así, la supuesta conducta acusada debe estar direccionada a la afectación de la libre competencia. A continuación, se analizará si con la discriminación aplicada en contra de la empresa LAVERLAM y/o con la estructura de comercialización implementada, se realizó una práctica tendiente a limitar la libre competencia.

b) Frente a la imposición de requerimientos técnicos

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, son considerados como propósitos de las actuaciones administrativas de protección de la competencia, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Es así como, el libre acceso a los mercados resulta ser una de las garantías que debe proteger una autoridad de competencia. Por lo tanto, al crearse por parte de un agente dominante barreras de entrada artificiales e injustificadas que lleven a una obstrucción, es una consecuencia lógica que se presente una limitación a la libre competencia.

Se comparten plenamente las consideraciones de la DELEGATURA cuando manifiesta que. *"Tales condicionamientos y apreciaciones son manifiestamente contrarios a la autorización de importación del antígeno otorgada por el ICA¹¹⁰ a LAVERLAM y con el hecho de que este laboratorio al igual que LIMOR y VECOL, cumple con todos los requerimientos establecidos en las normas nacionales e internacionales para la producción de vacuna contra la fiebre aftosa¹¹¹. Tal como ya ha sido establecido en este Informe, la autorización de importación del antígeno inactivado A₂₄ Cruzeiro, O₁ Campos desde la empresa BIOGENESIS – BAGO, fue otorgada mediante comunicación del ICA de fecha 1 de noviembre de 2006 dirigida al señor Luis A. Mazariegos, representante legal de LAVERLAM (...)"*

Es clara la infracción realizada por parte de la investigada y al igual que en el caso de la obstrucción, son los mismos elementos probatorios relacionados con la discriminación los que sirven de sustento para determinar la afectación a la libre competencia en el mercado específico.

c) Sobre el esquema implementado por la investigada

Contrario a lo que ocurre con la política sobre la importación de cepas extranjeras implementada por FEDEGAN, en el caso del esquema de comercialización y venta de las vacunas no se comparte la posición de la DELEGATURA encaminada a señalar que con el mismo no se establece un sistema transparente de compra que le permita a los participantes competir por el mercado en igualdad de condiciones. Las razones para alejarse de la anterior posición son principalmente tres.

¹⁰⁸ Conforme al artículo 28 del Código Civil

¹⁰⁹ Ver: <http://lema.rae.es/drae/?val=tender>

¹¹⁰ Comunicación del 3 de enero de 2010. Visible a folios 1220 y 1221 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹¹¹ Respuesta del ICA en comunicación del 3 de enero de 2010. Visible a folios 1220 y 1221, del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En primer lugar, considera este Despacho que un comprador en cualquier mercado, debe tener la posibilidad de elegir a sus proveedores de la forma como considera que se suplen mejor sus necesidades. Esta claro también que cuando dicho agente ostenta una posición de dominio tiene unas responsabilidades mayores que en ningún caso, pueden exceder de aplicar de manera objetiva y transversal sus políticas comerciales.

Debe recordarse que la libertad de contratación es un derecho que ejerce cualquier agente en el mercado y que sólo puede ser coartado en aquellos casos en que se exceda su ejercicio y se traspasen los límites de lo permitido en la Ley. Sobre este derecho la Corte Constitucional ha señalado:

La jurisprudencia define a la libertad de empresa como "aquella (...) que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos: el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral". También ha dicho la Corte que dicha libertad "se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes". Esta definición comparte muchos de sus elementos constitutivos con un concepto más amplio, el de libertades económicas, que engloba la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Para la Corte, dichas libertades son "expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada. En esa medida, la misma constituye un valor colectivo que ha sido objeto de especial protección constitucional. Adicionalmente la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas".¹¹²

Teniendo como marco lo anterior, el Derecho de la Competencia no debe intervenir, manipular o imponer las decisiones empresariales de los diferentes participantes de un mercado, en aras de propiciar lo que se entiende por libre competencia. En principio, el optar por otra alternativa al momento de comprar o vender un bien o servicio, es una actividad propia de la esfera privada de los agentes. De intervenir el Estado en este proceso compuesto por la valoración de las mejores opciones de transacción o simplemente de preferencias, se generaría un desequilibrio en las relaciones económicas.

Ahora bien, si en el ejercicio de este derecho, entre otros, se crean de manera ilícita condiciones que afectan o pueden afectar la transparencia necesaria para el correcto

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia C-830 de 2010.

funcionamiento del mercado o se busca la exclusión de un tercero, es claro que la autoridad de competencia tiene el deber de investigar y eventualmente sancionar a quienes de una u otra forma buscan la generación de condiciones artificiales para su beneficio. Sin embargo, si como en el presente caso quien debe tomar las decisiones de compra es un agente con posición dominante en el mercado específico, no es dicha posición la que *per se* genera la función intervencionista de la autoridad, a menos que exista otro tipo de intervención como lo es la regulación directa por parte de autoridades encargadas para el efecto. Nuevamente, es útil traer a colación la ya citada decisión, en lo que a la intervención del Estado se refiere:

"En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: "i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad". Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención. Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia."

No pueden por lo tanto crearse cargas no previstas a un agente por el hecho de tener una posición de dominio. Su responsabilidad eso sí es la de no incurrir en alguna de las infracciones consideradas como abuso, entre las cuales no se encuentra la de no comprar en la misma cantidad a todos sus oferentes o la de organizar su estructura de funcionamiento con el fin de obtener eficiencias en su actividad. Nuevamente, si dicha estructura no es aplicada de manera general y objetiva, se entraría a analizar la existencia de una infracción, no obstante, como se verá a continuación, este Despacho considera que los programa de compras plateado por FEDEGAN, a excepción de la exclusión del producto de origen importado, se encuadran dentro del ejercicio de la libertad de contratación.

En segunda medida, no se considera demostrada en el expediente la aplicación de un tratamiento no objetivo en cuanto a la forma como se compran las vacunas, a excepción como ya se ha dicho de la discriminación frente al origen del antígeno en el caso de LAVERLAM. Tampoco se observa que en los elementos probatorios expuestos por la

40912

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012 Hoja N° 77

"Por la cual se imponen unas sanciones"

DELEGATURA y el quejoso, la suficiencia necesaria para concluir que las condiciones de compra impuestas por FEDEGAN hayan sido aplicadas de manera no objetiva.

Además, la conclusión del Informe Motivado se limita a señalar que por el hecho de imponer de manera unilateral a través de Circulares y de Términos de Referencia, todas las condiciones comerciales de compra de la vacuna a los laboratorios, incluyendo cantidades, descuentos, lugar de entrega, bonificaciones y plazos de pago, se establece un sistema no transparente de compra, que no le permita a los participantes competir por el mercado en igualdad de condiciones. Con la anterior conclusión se estaría confundiendo supuesto abuso de posición de dominio en el mercado con el ejercicio de la posición de dominio contractual, sobre la cual no versa la presente investigación.

Por último, 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.

Adicionalmente, vale la pena mencionar que si bien dichas condiciones pueden ser entendidas como unos topes impuestos por el comprador, esto no obsta para que los oferentes que tengan intención de incrementar su participación, ofrezcan mejores condiciones a las establecidas.

De acuerdo con todo lo anterior, para este Despacho las políticas implementadas por parte de FEDEGAN para la compra y comercialización de las vacunas, a excepción de la relacionada con el producto importado, no se consideran anticompetitivas, no siendo por lo tanto viable la petición realizada por el Apoderado de LAVERLAM, en el sentido de realizar una orden administrativa de desmonte de dichas políticas.

8.8. FRENTE A LA CARENCIA DE SENTIDO ECONÓMICO EN EL PLANTEAMIENTO DE LA DELEGATURA

Señala el Apoderado de FEDEGAN que todo caso de competencia debe tener sentido económico, es decir que quien realiza una conducta anticompetitiva lo hace para maximizar sus beneficios. Para el Abogado, en el presente caso el planteamiento de algunos aspectos carece de sentido económico y considera que cuando la conducta no representa beneficio alguno para quien la ejecuta, no puede ser considerada como anticompetitiva y por lo tanto la sanción de una empresa bajo este escenario se encuadra dentro del concepto de "falso positivo".

Considera que no es posible imaginar que el adquirente de un bien quiera convertir a su proveedor en monopolista para que le cobre precios monopólicos de venta, que es precisamente el efecto económico que se derivaría de la conducta de FEDEGAN. Sobre el particular señalo:

"(...) el efecto económico que se derivaría de la conducta valorada por la SIC, sería el posterior aumento de precios por parte de VECOL, quien sería el monopolista en el mercado de venta de la vacuna. En otras palabras, FEDEGAN ejecutó una

conducta encaminada a convertir a VECOL en un monopolista que, al ser tal, va a cobrar más por su vacuna anti-aftosa, con lo cual FEDEGAN estaría realizando una conducta para aumentar sus propios costos de compra.

Sobre este punto, el Despacho coincide con las apreciaciones del Apoderado según las cuales no tiene sentido económico que un adquiriente quiera convertir a su proveedor en monopolista para que luego le cobre precios monopólicos. Sin embargo, para el presente caso no es aceptable el argumento, si se tiene en cuenta que se está dejando de lado una característica importante del mercado de producción de vacuna anti-aftosa y es precisamente que, debido al esquema de funcionamiento del programa, FEDEGAN es el único comprador de la vacuna y como quedó establecido en el numeral 8.3.5 ostenta posición de dominio.

Olvida el Apoderado que tanto el mercado de producción de la vacuna anti-aftosa como el de comercialización de la misma funcionan dentro de un programa de política pública que tiene dentro de sus estrategias otorgar precios bajos al ganadero, es esta, una de las razones por las que en el esquema actual FEDEGAN se constituyó como el único comprador de vacuna lo cual se convierte en una limitante para que el laboratorio monopolista cobre precios monopólicos, pues si no es FEDEGAN quien adquiere la vacuna no existen otros demandantes que quieran comprarla.

Adicionalmente, considera este Despacho pertinente recordar que el mismo FEDEGAN puede, de acuerdo con lo señalado en los términos de referencia para la compra de vacuna anti-aftosa, importar vacunas en determinados casos, ésta sola posibilidad implica que, en caso de que el laboratorio cobrara precios monopólicos, el gremio cuenta con otra opción para adquirir la vacuna.

8.9. RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL

Discrepa este Despacho de la posición planteada en el Informe Motivado, en virtud de la cual, a pesar de negarse a contratar con LAVERLAM, conociendo de la importación del antígeno para la formulación de la vacuna y de su aprobación por el ICA, no hay suficientes elementos para concluir que el señor José Félix Lafaurie haya autorizado y tolerado la conducta sancionada. Debe señalarse en primera medida que, la conducta que en opinión de la DELEGATURA se presentó en el caso en cuestión fue la de prohibición general basada en las políticas comerciales implementadas por FEDEGAN. Por el contrario, en el presente acto administrativo principalmente se sanciona la discriminación aplicada por la empresa dominante, la cual generó una obstrucción al mercado y por supuesto, una afectación a la libre competencia en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Teniendo esto presente, se evaluará si el representante legal de FEDEGAN incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, vigente para la época de los hechos, que a la letra dice:

"Imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional". (Subrayado fuera del texto).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Vale la pena recordar que la responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4 en mención, emana de un hecho acción u omisión del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 ya mencionado, no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto. Esta Entidad no considera, como lo ha señalado en otras oportunidades¹¹³, que la responsabilidad que les pueda ser imputada sea objetiva. No obstante, es claro que en ejercicio de sus funciones quienes ejercen ese tipo de responsabilidades al interior de una sociedad o agente económico tienen un deber de diligencia especial que no puede limitarse al haber ejecutado o autorizado la infracción.

Quien asume el rol de ser administrador o de manera específica el de representante legal, asume también la carga de conocer las actividades que se realizan en la empresa o agente económico que administra o representa y no puede, en principio, eximirse de dicha carga con la mera afirmación de no haber conocido o no estar a cargo de la situación que generó la actuación administrativa.

En el caso bajo estudio, de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal que reposa en el expediente¹¹⁴, se encuentra establecido que el señor José Félix Lafaurie Rivera desempeña el cargo de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de FEDEGAN desde el año 2005, situación que fue corroborada en el interrogatorio rendido ante esta Entidad¹¹⁵. Específicamente, en lo que se refiere a las conductas sancionadas, el señor José Félix Lafaurie Rivera, en el material probatorio recaudado se mostró renuente a la compra de la vacuna formulada con antígeno importado por un supuesto riesgo para la ganadería colombiana, a pesar de la autorización otorgada por el ICA. En el interrogatorio de parte llevado a cabo, el mencionado representante legal señaló:

"Pregunta: Podría indicarle a este despacho si algún laboratorio que ofrece la vacuna le ha ofrecido a FEDEGAN la totalidad de las necesidades de vacuna requeridas para un ciclo?"

Respuesta: Le decía ambos laboratorios hoy con Bioseguridad, no obstante los procesos de producción de vacuna son diferentes, ojo porque aquí también perdóneme pero quiero hacer un paréntesis el hecho de que el ICA apruebe una vacuna no significa que sean iguales sino que a criterio técnico del ICA ambas vacunas cumplen con una serie de requisitos en materia digámoslo de control de inocuidad del virus, estamos de acuerdo, son procesos diferentes, es decir una puede ser mejor que la otra estamos de acuerdo, pero ese otro elemento que le traigo nuevo en el asunto usted puede tener dos carros y ambos cumplen con los

¹¹³ Ver Resoluciones SIC 16196 de 2006 y 42411 de 2010, entre otras.

¹¹⁴ Folio 969 a 970 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹¹⁵ Interrogatorio de parte de fecha 14 de febrero de 2011, en cual respondió a la Delegatura: **"Pregunta: Empresa o agremiación para lo cual presta sus servicios:"**

Respuesta: FEDEGAN Presidente ejecutivo."

"Pregunta: Antigüedad en ese cargo?"

Respuesta: 6 años y medio"

Pregunta: "Podría usted indicarle al Despacho cuales son las funciones inherentes al cargo de presidente ejecutivo de Fedegan?"

Respuesta: La representación legal de los intereses en el sector ganadero"

"Por la cual se imponen unas sanciones"

tonos de seguridad pero un carro puede ser mejor que otro carro para ponérselo en un ejemplo llanito, hoy tengo entendido que tanto Vecol como Limor a través de procesos Bioseguros certificados, pero el ICA creo que tiene capacidad por encima de 40 o 50 millones de vacunas, cuando el total de las vacunas en Colombia en los dos ciclos; por un ciclo, puede ser de 21 o 22 millones, pueden ser 44, por consiguiente creo que ambos, creo no, estoy casi totalmente seguro, ambos podrían ser proveedores exclusivos, si se quisiera.

"Pregunta: ¿Hay importación de vacuna?"

Respuesta: En este momento no debería de haber, es más todavía si a mí me dicen como presidente de Fedegan aquí hay una vacuna hecha en Colombia a través de un proceso de bioseguridad y aquí hay una vacuna importada yo compro la Colombiana, de hecho de, suyo, además por proteger el sector ganadero yo no sé si esta por cualquier circunstancia se introduce, la vacuna está introduciendo un virus vivo en condiciones pues que inmunice, que tal que me desate un epidemia o una cepa; entonces yo prefiero la vacuna colombiana, la certificada por el ICA".
(Subrayado fuera de texto)

Vale la pena adicionar que en casos como el presente, en los que se encuentre probado la infracción de las normas de competencia por parte de una empresa o persona jurídica investigada, frente a sus representantes legales será suficiente incluso, como lo señala la normatividad, la demostración de la sola tolerancia entendida como "un comportamiento pasivo, por cuanto supone la no realización de una conducta destinada a impedir un resultado, de manera que tolerar es no tomar algún tipo de medida para prohibir, obstaculizar o incluso interferir las conductas realizadas por otras personas. Por ello, la determinación del representante legal de no impedir, obstaculizar o interferir una conducta que se desaprueba, cuando se tiene el poder y el conocimiento necesario para hacerlo, implica tolerar"¹¹⁶.

Se concluye entonces que el señor Lafaurie no solo tuvo conocimiento sino que participó en la decisión de discriminar a LAVERLAM en la compra de vacuna contra la fiebre aftosa, lo que tuvo como consecuencia una obstrucción al mercado para dicha empresa y una afectación a la libre competencia.

8.10. DOSIFICACIÓN DE LAS SANCIONES

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el citado decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300)

¹¹⁶ Resolución SIC No. 51694 de 2008.

5740972

RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2012- Hoja N°: 81

"Por la cual se imponen unas sanciones"

salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

En el caso concreto, se ha establecido que: (i) FEDEGAN trasgredió con su comportamiento la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1955 de incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (ii) que ese comportamiento se adecúa a lo dispuesto en los numerales 2 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, 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.

El presente caso reviste una especial importancia si se tiene en cuenta que la erradicación de la fiebre aftosa se declaró de interés nacional y se convirtió en una política pública desarrollada a través de la Ley 395 de 1997, el Decreto 3044 de 1997 y la Resolución ICA 1779 de 1998. La importancia de la erradicación de la fiebre aftosa radica en que la enfermedad genera bajas en la producción de carne y leche, menor capacidad reproductiva, mayor mortandad y obstrucciones al comercio interno y externo.

El esquema actual se basa en la cooperación entre el sector público, representado por el ICA, y el sector privado, representado por FEDEGAN y las OGG. Para este Despacho es claro que con la implementación del modelo se han logrado importantes eficiencias toda vez que permite controlar la calidad de la vacuna y realizar el control de la aplicación de la misma, logrando así aumentar las tasas de vacunación, erradicar de esta manera la enfermedad y alcanzar el status sanitario de país libre de aftosa.

Es menester de esta Superintendencia, reconocer que si bien existió una conducta reprochable, la actividad sobre la cual se presentó, es decir, el programa de erradicación, obtuvo los resultados necesarios para lo que fue creado y no se afectó en cuanto a su efectividad. Además, la investigada no presenta ningún tipo de antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia y conforme al acervo probatorio en el caso, tampoco se observa una afectación económica o en servicio de los consumidores finales en el mercado.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a FEDEGAN, la multa de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.00)**.

En cuanto a las personas naturales responsables de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento anticompetitivo merecedor del reproche, será impuesta una multa de **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00)** a **JOSÉ FÉLIX LAFAURIE RIVERA** Representante Legal de FEDEGAN equivalentes al 10% de la multa impuesta a FEDEGAN. Igualmente tiene en cuenta esta Superintendencia en el caso del señor Lafaurie, la inexistencia de antecedentes por conductas contrarias a la libre competencia y su conducta procesal durante la investigación.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESOLUCIÓN NÚMERO **40972** DE 2012 Hoja N°. 82

"Por la cual se imponen unas sanciones"

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN-** contravino lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 2, y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a la **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-** por la suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MCT. (\$300.000.000.00)**.

- **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-** con Nit: 860008068-7

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que el señor **JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.304.875, quien se desempeñaba para la época de los hechos como presidente y representante legal de la **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-**, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a **JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA** en su calidad de presidente ejecutivo y representante legal de la **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-**, para la época de los hechos, por la suma de **TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ARTÍCULO QUINTO: Ordenar a la empresa sancionada la suspensión de la conducta anticompetitiva a la que hace referencia el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: Ordenar a la empresa sancionada, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN- así como el señor JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA, informan que:

Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 2, y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 al ejercer un abuso de posición dominante en el mercado de producción y venta de vacunas en contra de la fiebre aftosa.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO SÉPTIMO: 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 procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO OCTAVO: 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 procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

28 JUN 2012

JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Carolina Liévano
Carolina Salazar
Germán Bacca

Revisó: Carolina Salazar/Germán Bacca

NOTIFICACIONES:

Doctor
JAIRO RUBIO ESCOBAR
C.C. N° 79.108.890 de Bogotá

"Por la cual se imponen unas sanciones".

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.