



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **08310** DE 2003
(28 MAR. 2003)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia mediante resolución número 960 de 2001, abrió investigación contra GABRICA LTDA., por la presunta infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y numerales 2º y 3º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido se ordenó investigar a quien ejerció la representación legal en la aludida empresa, para determinar si autorizó, ejecutó o toleró las conductas contrarias a la libre competencia investigadas, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, mediante acto administrativo del 30 de abril de 2002, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas. Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 01098823-40023 del 29 de noviembre del 2002, fue trasladado el informe motivado a todos los involucrados en la investigación para que manifestaran sus opiniones, quienes estando dentro del término legal establecido para ello expresaron:

- **Observaciones presentadas por la apoderada de la sociedad Gabrica S.A. antes Gabrica Ltda.**

"1. Protección al derecho a la libre competencia económica y a la libertad de empresa.

"El derecho a la libre competencia económica es un derecho consagrado constitucionalmente.

"En efecto, la competencia no es un fin en sí misma, sino es un medio para alcanzar el bienestar y el progreso económico de las naciones y los consumidores.

"Al respecto, el artículo 333 de la Constitución Nacional establece lo siguiente:

"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley'.

"La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidad

"La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

"El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial

"El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

"La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación'. (Subrayado fuera de texto)

"De acuerdo con lo anterior, es una obligación del Estado impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar y controlar cualquier abuso de la posición dominante en el mercado nacional.

"Igualmente, es un deber del Estado, pero también es una responsabilidad de todas aquellas personas que participen en un determinado mercado, propender por que exista una libre y sana competencia, dentro del marco de la libertad de empresa.

"En relación con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-398 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, expresó lo siguiente:

'Es verdad que la Constitución establece la libre competencia como principio, que ella plasma la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, que la libertad económica está garantizada y que la gestión estatal debe cristalizarse en medidas que impidan su obstrucción o restricción, en especial si éstas surgen merced al predominio de productores u oferentes de productos o servicios considerados Pero insiste la Corte en que la Carta Política no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente, y que sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas, por lo cual la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la Doctrina de esta Corte ha prohijado'.

"En este orden de ideas, aunque la Carta Política prevé la libertad económica y la libre competencia como principios de orden constitucional, estos principios deben interpretarse y armonizarse con las demás normas previstas en el ordenamiento jurídico y en especial con la prelación del interés colectivo sobre el interés particular, por lo tanto, es una responsabilidad de todos los competidores velar por el derecho a la libre competencia económica.

"Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, expresó lo siguiente:

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

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados'.

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

"De acuerdo con lo anterior, es perfectamente claro que constitucionalmente una de las primeras misiones de los poderes públicos consiste en mantener y proporcionar la existencia de mercados libres que garanticen el ejercicio del derecho a la libertad de empresa y a la libre competencia.

"De lo anterior es posible concluir que uno de los objetivos de una eficaz política de competencia, consiste en el mantenimiento de un proceso competitivo, que obligue a las empresas a ser eficientes, ofreciendo así a sus compradores un mejor servicio y calidad, en la medida en que los consumidores son los últimos destinatarios de la política de competencia.

"En consecuencia, es un deber del Estado garantizar que la venta, comercialización y distribución de productos se realice en condiciones transparentes, que le brinde a los usuarios un mejor servicio y calidad de los mismos. Es más, en algunos casos se regulan por completo las condiciones de manejo y manipulación de los productos, como es en el caso de los productos agroquímicos.

"Por consiguiente, el que un agente del mercado venda unos determinados productos por debajo de su costo, eludiendo intencionalmente y conscientemente el apoyo y asistencia técnica que se debe tener al momento de la venta del producto, es una conducta que atenta contra el principio a la leal y libre competencia en el mercado, puesto que mientras todos los agentes acatan estas especiales condiciones de venta, lo cual les implica incurrir necesariamente en ciertos costos que hacen que el producto tenga un valor adicional, que tiene como origen precisamente, ese valor agregado que es la asistencia técnica, el agente que obvia tales condiciones de venta, puede vender los productos mucho más barato, lo cual es una conducta desleal, no solo para la competencia, sino para los usuarios o compradores de los productos, que puede poner en peligro no solo la vida de las mascotas, sino de los dueños de éstas, que puede sufrir perjuicios al no manipular adecuadamente dichos productos.

"En consecuencia, al disminuir desproporcionadamente Concentrados del Norte el precio de los productos distribuidos por Gabrica S. A. por debajo de sus costos, obviando el apoyo y asistencia técnica con el que debe contar al momento de la recomendación del producto a los clientes, está atentando contra el principio a la leal y libre competencia en el mercado.

"2. No se tipifican los elementos constitutivos de la conducta prevista en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992

"El numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 establece lo siguiente:

'Actos contrarios a la libre competencia.-Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios¹.*

"De acuerdo con lo anterior, para que se tipifique la conducta es necesario que efectivamente un comerciante influencie a una empresa para que aumente sus precios, o para que desista de su intención de rebajar los precios.

"Ahora bien, la conducta de Gabrica S. A en ningún momento tenía por objeto que Concentrados del Norte incrementara sus precios o desistiera de su intención de rebajarlos.

"En efecto, la lista de precios de Gabrica S. A. es una lista de precios "sugerida" a los clientes, lo cual desde ningún punto de vista constituye una conducta que viole las normas sobre promoción de la competencia o prácticas comerciales restrictivas².

"La anterior ha sido la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio, tal como puede observarse en el Auto del 27 de septiembre de 1999 con número de radicación 99050593 en el cual expresó lo siguiente:

"Aunque puede sugerirse los precios de venta de los productos siempre que la conducta no implique la violación de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, de acuerdo con lo antes expuesto y teniendo en cuenta que en Colombia existe libertad de precios, los expendedores y proveedores pueden fijar libremente los precios de acuerdo con su estructura de costos y sus márgenes de utilidad"(Subrayado fuera de texto)

"De acuerdo con lo anterior, en Colombia está legalmente permitido que los distribuidores y productores sugieran los precios de sus productos, como en el caso lo hace Gabrica S. A con sus clientes.

"Ahora bien, en este punto es importante anotar que los productos que vende Gabrica S. A son productos altamente técnicos que exigen un manejo y un conocimiento especializado.

"Tal y como se indicó anteriormente a la Superintendencia de Industria y Comercio, de los treinta y un (31) productos que constituyen la totalidad de los productos representados, distribuidos y comercializados por Gabrica S. A. veinticinco (25) de ellos requieren prescripción de un veterinario médico, tal y como se puede observar de la impresión de la página de Internet de productos Hill's en la cual se afirma lo siguiente:

"Debido a que la nutrición es vital para la salud de su mascota, los alimentos Hill's, Science se encuentran únicamente en donde hay personal con capacidad y entrenamiento para asesorar a los dueños de mascotas a entender de salud y nutrición de mascotas'.

"Por lo anterior, es que los clientes de Gabrica S. A., deben, necesariamente tener personal con capacidad y entrenamiento para asesorar a quienes desean adquirir dichos productos para sus mascotas.

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: Sugerir: Hacer entrar en el ánimo de alguno una idea, insinuándosela, inspirándosela o haciéndosele caer en ella.

² Declaración de Mónica Alhach Salom: Pregunta 6: Cuál es la política de precios que maneja Gabrica Ltda.?
Respuesta: Manejamos un precio sugerido a nuestros clientes y para cada línea manejamos un descuento con base en el precio al público y tenemos descuentos por pronto pago, por igual para todos nuestros cliente.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

"Lo anterior tiene una razón muy lógica que es que, al igual que las personas no deben autorecetarse puesto que pueden poner en peligro su vida, a las mascotas tampoco puede dársele cualquier medicamento o alimento especializado sin la supervisión de un veterinario, puesto que su vida también puede correr peligro.

"En el caso en cuestión, y a manera de ejemplo, es de anotar que los médicos veterinarios al prescribir los productos de Hill's se apoyan siempre en LA LLAVE DE HILL'S PARA LA NUTRICIÓN CLINICA, manual que se entrega por Gabricas S. A. después de haber realizado un entrenamiento técnico en cada una de las dietas. También se apoyan en manuales, monografías, coloquios y folletos que se entregan para ilustrar cada una de las patologías que tratan las dietas. La mayoría de médicos veterinarios tienen el libro de NUTRICION CLINICA EN PEQUEÑOS ANIMALES. Libro de consulta para el diagnóstico y tratamiento clínico-nutricional de la mayoría de las enfermedades. Antes de la apertura de la investigación ante esa Superintendencia Concentrados del Norte no asistió a las diferentes capacitaciones técnicas. Únicamente la aceptaron durante el proceso adelantado por la SIC.

"Ahora bien, el status de salud de un animal debe ser evaluado en forma individual por un médico veterinario basándose en los diferentes medios de diagnóstico o exámenes clínicos como análisis de sangre y de orina, radiografías, ecografías, etc. para así determinar la patología ó enfermedad a tratar o el producto o dieta a formular.

"En el caso de los productos Prescription Diet, estos están elaborados para patologías o enfermedades específicas (k/d para la insuficiencia renal, h/d para insuficiencia cardiaca, l/d para trastornos hepáticos, i/d para trastorno intestinales, r/d para reducción de peso, u/d para cálculos de oxalato, s/d para cálculos de estruvita y así mismo otras 25 dietas mas) y deben ser usado; según el criterio del medico veterinario debido a que "No todos los animales domésticos requieren de la misma formula de Prescription Diet. Son necesaria las habilidades y el conocimiento de un veterinario para decidir el momento y la fórmula correcta de Prescription Diet que corresponde a su mascota. Para obtener mejores resultados, recomendamos que el veterinario controle El estado de salud de su mascota". (Texto tomado de los empaques del producto).

"Además, es necesario el monitoreo con exámenes clínicos de control. Por lo anterior, una recomendación errónea podría ser fatal:

"Una dieta u/d está prescrita para el control para cálculos de oxalatos de calcio que se forman en orinas ácidas (ph menor de 6.2). Este alimento alcaliniza la orina evitando la formación posterior de cálculos. Si por equivocación ó mal diagnóstico se prescribe s/d ó c/d, alimento para eliminar cálculos de estruvita que se forman en orinas alcalinas (ph mayores de 6.2), estos productos aumentarían la acidificación de la orina del perro ó gato incrementando la formación de cálculos y agravando su estado. Es decir, al recomendar la dieta inapropiada para esta enfermedad se multiplicaron los cálculos resultando en una falla en el tratamiento y llevando a la mascota a una nueva posible cirugía ocasionando pérdida de dinero para el dueño, colocando en riesgo la vida de paciente y poniendo en entredicho el efecto terapéutico de la dieta.

"El i/d recomendado para trastornos gastrointestinales por contener una proteína altamente digestible (24.2%) sería dañina si se recomendara a pacientes con insuficiencia renal donde la dieta de elección sería k/d con una proteína baja de 13.5%. Este aumento en la proteína generaría un aumento en el ácido úrico y una mayor carga de trabajo para un riñón que se encuentra afectado.

"El h/d utilizado para pacientes con falla cardiaca moderada o severa contiene niveles reducidos de sodio (0.06%) y cloruro (0.31%) que ayuda a controlar los signos clínicos asociados con la retención de sodio y líquidos. Pacientes que no tengan insuficiencia cardiaca, que estén en crecimiento y

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

reproducción y que se encuentren en condiciones de pérdidas de sodio por vomito y diarrea sería contraindicado y contraproducente la prescripción de esta dieta pues afectaría el crecimiento y el desarrollo de la hembra gestante y aumentaría el desequilibrio electrolítico del paciente con vomito o diarrea. Como estos hay un sin número de casos que se podrían citar.

"Todo lo anterior comprende la importancia de la nutrición clínica en pequeños animales. Este campo evoluciona día a día integrando los conocimientos científicos con la práctica de la medicina y cirugía veterinaria para optimizar la salud de la mascota. Empero este campo requiere de una capacitación y estudio constante que brinda Gabrica S. A. con el soporte técnico de Hill's Pet Nutrition Inc. en Colombia ya que aquí no existe en las facultades de medicina veterinaria cátedras de nutrición clínica especializada como las hay en el exterior y es por ende que no cualquier médico veterinario esta en la capacidad técnica para recomendar las dietas.

"En este orden de ideas y ya habiendo dejado muy claro que los productos que distribuye Gabrica S. A. son productos muy especializados, es evidente que por esta especial condición es que en el valor final de los productos debe ir implícitamente incluidos los costos en los que incurre el vendedor para contar con el personal especializado que lo apoye al momento de recetar, bien sean los alimentos o los medicamentos para mascotas.

"Por lo tanto, es realmente esencial y podría afirmarse que la causa, móvil o motivo de las relaciones comerciales de Gabrica S. A con sus clientes, radica en la certeza que tiene que a los productos que distribuye se les da un tratamiento y manejo técnico adecuado.

"Ahora bien, en el caso de Concentrados del Norte, lo que Gabrica S. A. cuestiona, no es que disminuyan los precios, puesto que tal y como se afirmó anteriormente, el listado de precios de Gabrica S. A. es un listado de precios sugerido, sino que al no contar Concentrados del Norte con personal especializado con capacidad y entrenamiento para asesorar a los usuarios de los productos, venda muy barato, puesto que no tiene que incurrir en estos costos, que son los que le dan realmente un valor agregado a los productos.

"En efecto, la conducta de Concentrados del Norte implica un alto riesgo para las mascotas y para los propietarios de éstas, puesto que al recetarles alimentos y medicamentos sin contar con personal especializado para que los recete, la vida de éstos animales puede estar en peligro.

"Adicionalmente a lo anterior, los productos que distribuye Gabrica S. A. Pueden verse desacreditados, lo cual le acarrearía perjuicios y responsabilidad de Gabrica S. A. ante las empresas productoras de los mismos, que en reiteradas ocasiones han advertido que éstos productos solamente puede distribuirse en almacenes donde haya personal técnico especializado, esta es la principal razón por la cual estos productos no se distribuyen en almacenes de cadena³, y frente a los usuarios de los productos, por la negligencia de Gabrica S. A de permitir que Concentrados del Norte venda los productos sin la suficiente asesoría técnica.

"Así mismo, es importante anotar que la solicitud de Gabrica S. A a Concentrados del Norte, no es tajantemente como lo ha visto la Superintendencia de Industria y Comercio de 'aumento de precios', esta solicitud es de justicia y venta de los productos en iguales condiciones (de servicio y asistencia técnica) que los demás agentes, para que se preste un servicio en excelentes condiciones técnicas

³ Declaración de Mónica Alhach Salom:

Pregunta 4. En relación a los productos que ha mencionado usted en su respuesta anterior, podría explicarnos que redes de distribución utiliza Gabrica para efectos de colocarlos en el mercado?

Respuesta: Nosotros tenemos nuestros representantes de venta que son veterinarios y éstos a su vez le venden a médicos veterinarios, almacenes agrícolas con presencia de médico veterinario y pet shops. No vendemos en almacenes de cadena como Éxito. etc.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

y se proteja la vida de los animales.

"Por lo tanto, el cuestionamiento de Gabrica S. A del margen de ganancia de Concentrados del Norte es precisamente que no incurren en los costos que incurren los demás comercializadores (de personal técnico especializado y de asistencia técnica), lo cual les permite tener tal margen de ganancia pero con el inminente riesgo de no recomendar a los clientes el producto adecuado y de paso el riesgo de desacreditar la marca que distribuye Gabrica.⁴

"Así mismo, en este punto es importante anotar que de conformidad con el artículo 2 del Decreto 3466 de 1982, todo productor de bienes o servicios debe asegurar la calidad y la absoluta idoneidad de los bienes y servicios que ofrece. Así mismo, el artículo 23 del Decreto 3466 de 1982 establece que los importadores y los productores serán solidariamente responsables de la calidad e idoneidad de los mismos.

"Por lo anterior, es que Gabrica S. A se preocupa tanto por la calidad del servicio que se ofrece con los productos que se venden, puesto que en el evento en que se cause algún perjuicio a una mascota porque se le recomienda a su dueño el medicamento o alimento equivocado, tal equivocación podría causar enormes perjuicios a Gabrica S. A. si ésta no tuvo la diligencia y prudencia de garantizar que quienes comercializaban los productos contaban con personal con capacidad y entrenamiento para asesorar a los dueños de las mascotas, condición sine quanon para la venta de los productos.

"Así mismo, es importante anotar que la conducta de Concentrados del Norte de vender los productos a precios muy baratos afecta evidentemente el mercado y los productos mismos, puesto que los demás distribuidores de los productos que sí incurren en costos de asesoría técnica deben venderlos por un valor más alto, lo que hace que los compradores no les adquieran dichos productos y finalmente dichos compradores por no recibir asesoría técnica adecuada en la adquisición de los mismos, dejen de comprarlos.

En consecuencia, por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la Superintendencia de Industria y Comercio que aprecie el testimonio de la señora Mónica Alhach Salom, en el sentido y el énfasis que ella hace en el mismo al afirmar que el objetivo de Concentrados del Norte "era vender y no prestar la atención veterinaria"⁵, puesto que tal como ha quedado probado, no se trata de la simple venta de alimentos y medicamentos para mascotas, sino se trata de la venta de alimentos y medicamentos especializados para mascotas, los cuales requieren de personal con capacidad y entrenamiento para asesorar a los dueños de mascotas a entender de salud y nutrición de mascotas, con el objeto de proteger a los compradores de tales productos y la vida de las mascotas.

"Por último, queremos resaltar que en ninguna parte de la investigación Concentrados del Norte probó que contaba con personal especializado para brindar una asesoría adecuada a los compradores de los productos.

"En conclusión, de acuerdo con todo lo expresado en el presente numeral, no es correcta la

⁴ La señora Andrea del Pilar Prada Godoy, médico veterinario, jefe de la zona Bogotá Sur, Ibagué y Neiva de la empresa Gabrica S. A en relación con la pregunta "Cual es la política de precios a la que usted hacia referencia en la que Concentrados del Norte no se identifica con Gabrica Ltda." contestó lo siguiente: "Ellos, según Yanet Dionisio les interesa solamente tener un margen de ganancia del 7% cuando lo normal es del 20% y el resto darlo al consumidor final. Para nosotros es muy importante que se maneje un servicio de valor agregado, es decir que el servicio se debe manejar como competencia y no competir con los precios. Para Gabrica es importante que se le recomiende a los clientes el producto adecuado y no que lo consigan más barato pero que se les recomiende mal."(Subrayado fuera de texto)

⁵ Folio 173 del cuaderno principal del expediente No. 01098823.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

afirmación que se hace en el informe objeto de las presentes aclaraciones en el Literal b) del numeral 3.3.1 al expresar que Gabrica solicitó a Concentrados del Norte aumentar los precios "sin razón válida que la justifique", puesto que a Gabrica S. A. le sobran razones para solicitar que los precios fueran acordes no solo con los productos sino con el componente de manejo técnico y especializados que éstos necesitan.

"3. No se tipifican los elementos constitutivos de la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992

"El numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 establece lo siguiente:

"Actos contrarios a la libre competencia.-Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

"3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios'

"De acuerdo con la anterior norma, para que la conducta de una empresa que se niegue a la venta de un producto, sea objeto de sanción, es necesario que dicha decisión tenga como causa una retaliación en la política de precios de la empresa a la cual se le niega la venta.

"Por el contrario, el hecho que una empresa niegue la venta o suministro de sus productos a otra empresa argumentando razones claras y justificadas, no es una conducta que deba ser objeto de sanción, puesto que la sanción radica en la decisión de no vender como retaliación por su política de precios.

"Al respecto, el Tratado por el cual se establece la Comunidad Económica Europea establece en el artículo 86 que se prohíbe la actividad anticompetitiva, cuando ésta conduce a un mayor debilitamiento de la competencia en un mercado ya de por sí debilitado, por estar dominado, actividad que puede consistir en ciertas prácticas de exclusión, por ejemplo: negativa de suministro.

"En cuanto a la negativa del suministro existen antecedentes de la Comisión de la Comunidad Europea tales como la decisión Polaroid/SSI Europa en el que una empresa en posición dominante se negó a suministrar un pedido a un pequeño cliente, debido a que las cantidades excedían las necesidades del propio cliente.

"En relación con dicho caso, la Comisión declaró que "como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga una posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido y también será así cuando la empresa en posición dominante condicione el suministro de un producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior."⁶

"Según Bellamy y Child, lo anterior refleja la posición del Tribunal de que se demuestre una justificación objetiva para negarse a suministrar.

"De conformidad con lo anterior, el hecho que existan razones justificadas para que una empresa se niegue a vender sus productos a otra, hace que la conducta sea legal y legítima.

"La misma ha sido la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio en reiteradas

⁶ Polaroid/SSI Europe en el Decimotercer Informe sobre política de competencia (1984), punto 157.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

ocasiones.

"En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Auto Número 0027 del 14 de junio de 1996 ordenó no abrir investigación contra la Sociedad Apostadores de Risaralda Ltda. y la Lotería de Risaralda, porque impedían el ingreso de nuevos comerciantes de formularios, afirmando lo siguiente:

'De conformidad con las normas que regulan la materia, Apostar Ltda. no puede distribuir indiscriminadamente formularios, por la responsabilidad y las sanciones a las cuales está sujeta, si se denuncian casos de venta ilegal de juego o utilización ilegal de formularios'.

"De acuerdo con lo anterior, la Superintendencia en este caso reconoció que no toda persona podría vender formularios, puesto que esta actividad implicaba cierto grado de responsabilidad, por lo cual consideró legal que Apostar Ltda. Se negara a vender los formularios a cualquier persona.

"Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio en Auto No. 0214 del 14 de febrero de 2002 expresó que la libertad económica ejercida bajo los parámetros previstos en las leyes, permite a los oferentes de un bien o servicio, establecer de manera independiente las políticas de mercadeo y comercialización de sus productos.

"En efecto, en el presente caso, las políticas de mercadeo y comercialización de los productos de Gabrica S. A consiste entre otras cosas, que quienes comercialicen los productos tengan la capacidad técnica y cuenten con personal capacitado para la venta de los mismos, teniendo en cuenta que se tratan de productos altamente especializados.

"En este orden de ideas, Gabrica S. A solamente estaría interesada en vender los productos que distribuye a quien le de a los mismos un tratamiento adecuado, puesto que un mal manejo o utilización de los mismos podría causarle un grave perjuicio.

"Es así como, las condiciones de venta y comercialización de los bienes por parte de un productor o distribuidor hace parte de la libertad de empresa consagrada en la Constitución Política, la cual establece la defensa del propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales⁷.

"En esa medida, los agentes económicos puede adoptar las decisiones necesarias para optimizar la venta de sus productos y para consolidar un reconocimiento de los mismos en el mercado.

"Ahora bien, en el presente caso es importante aclarar que la razón por la cual Gabrica S. A decidió no vender más los productos que distribuye a Concentrados del Norte, tiene como causa no una retaliación por su política de precios, sino una medida por un inadecuado manejo de los productos que vende Gabrica S. A., lo cual en primer lugar, puede causar graves problemas a los animales, y en segundo lugar es un descrédito para Gabrica S. A.

"Tal y como se ha expresado anteriormente, Concentrados del Norte no brinda el componente de asistencia técnica que se le deben dar a los productos que vende Gabrica S. A. (condición exigida por las empresas productoras de dichos productos), por lo tanto, Gabrica S. A. no puede ser sancionada por negarse a vender a, Concentrados del Norte dichos productos, puesto que de permitir Gabrica S. A., la venta de estos productos sin la asistencia técnica necesaria para su venta, estaría actuando negligentemente y podría ser la directa responsable de los perjuicios que puedan causarse con la utilización errónea de los mismos.

"Por lo tanto, consideramos que no puede ser objeto de sanción una conducta que tenga por objeto

⁷ Resolución No. 28672 del 30 de agosto de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

proteger a los usuarios, la vida de los animales, las condiciones del mercado y la reputación de las marcas, como es la de negarse a vender a Concentrados del Norte los productos que distribuye Gabrica S. A., por no cumplir Concentrados del Norte con las condiciones (justas y objetivas) de mercadeo recomendadas por Gabrica S. A. con un interés únicamente económico, lo cual les permite obviando éstos costos, vender dichos productos mucho más barato, lesionando el mercado, los usuarios y la vida de los animales.

"4. Peticiones

"De conformidad con los argumentos expresados anteriormente, muy respetuosamente solicitamos a ustedes, ordenar la clausura de la investigación sin la imposición de sanción alguna para Gabrica S. A y para su representante legal de la época, doctora Mónica Alhach Salom, por no haber incurrido Gabrica S. A en ninguna de las conductas previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

"5. Anexos.

"1. Poder otorgado por la representante legal de Gabrica S. A, doctora Gloria Agitan Parra.

"2. Certificado de Existencia y Representación Legal de Gabrica S. A.

"3. Impresión de la página de Internet de productos Hill's.

"Recibo notificaciones en la Carrera 7 No. 71-52 Oficina 1502 Torre B de la ciudad de Bogotá.

"El presente escrito consta de diecinueve (19) folios y se presenta en un original y dos (2) copias".

CUARTO: Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

1 Adecuación normativa

La resolución 960 de 2002 a través de la cual ordenó la apertura de la presente investigación, estuvo enmarcada en varias conductas que habrían dado lugar a la posible contravención de lo dispuesto en los numerales 2º y 3º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Fue así como se analizó, el comportamiento de la sociedad Gabrica S.A. en relación con una posible infracción a las normas de prácticas comerciales restrictivas, al fijar una lista de precios "sugeridos" al público, que posiblemente se tornaba obligatoria al indicar a sus clientes el margen de comercialización que debían obtener, so pena de que se suspendieran los envíos de sus pedidos, así como la realización de actos de influenciación sobre la empresa Concentrados del Norte, para que desistiera de su intención de rebajar los precios de los productos adquiridos a Gabrica

De suerte pues que, fueron dos los supuestos normativos distintos los que merecieron ser estudiados a la luz de las normas de promoción de la competencia, cada uno arrojando conclusiones propias, como a continuación nos proponemos exponer.

1.1 Respecto de los actos de influenciación de precios

En el caso que nos ocupa, se investigó si Gabrica S.A. ejerció actos de influenciación sobre Concentrados del Norte, tendientes a buscar que aumentara el precio de los productos distribuidos, igualándolos a los establecidos en las listas que eran enviadas a los clientes de Gabrica.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Sobre este aspecto debemos reiterar que para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre libre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Así, deben pues probarse los supuestos fácticos señalados en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en cualquiera de estos sentidos:

- Influcidar a una empresa:
 - Para que incremente los precios de sus productos
 - Para que desista de su intención de rebajar los precios de sus productos

Vemos si lo anterior se cumple en el caso *sub.-examine*:

a) Acto de influenciar a una empresa

El término "acto" según el numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153, se entiende como "Todo comportamiento de quienes ejerzan un actividad económica".

Así, para que el comportamiento sea considerado como contrario a la libre competencia y se configure la conducta estudiada, es menester que concurren los elementos subjetivos y objetivos que integran la composición jurídica.

b) Elemento Subjetivo

Este elemento hace referencia a los sujetos que en forma activa o pasiva intervienen en el comportamiento que se analiza, así como a las cualificaciones que la misma ley exige, sin las cuales no podría advertirse la presencia de dicho elemento.

De esta forma se tiene que el sujeto activo, es quien ejerce actos de influenciación sobre una empresa determinada, con el ánimo de incidir en su política de precios, ya para que los incremente ora para que desista de su intención de rebajarlos. Sin embargo, la misma ley se encarga de cualificar a este agente cuando define el término "acto" como "Todo comportamiento de quienes ejerzan un actividad económica".⁸

Respecto al sujeto pasivo, tendremos que se trata del agente a quien se pretende influenciar, esto es, el receptáculo del comportamiento desplegado, quien de acuerdo con la disposición en comento, debe tratarse de una empresa.

Dicho lo anterior, tenemos que Gabrica (el sujeto activo) ejerce una actividad económica, toda vez que se encuentra constituida bajo la forma de empresa⁹ y dadas las actividades que le corresponde realizar en desarrollo de sus objetivos sociales,¹⁰ es posible ubicarlo dentro de la clasificación CIIU Revisión 3 A.C.,¹¹ específicamente en el número 5135, correspondiente al comercio por mayor de drogas veterinarias y artículos para uso veterinario.¹²

⁸ Numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153.

⁹ Certificado de Existencia y Representación del 12 de febrero de 2002.

¹⁰ De acuerdo con el objeto social de Gabrica S.A. antes Gabrica Ltda., obrantes a folios 308 a 309, corresponde a dicha Sociedad: "El objeto de la sociedad es importar, producir, vender y exportar medicamentos, alimentos concentrados, vacunas, equipos, accesorios e instrumental veterinario, así como productos para el control de plagas urbanas y que atacan la madera. (...)".

¹¹ Esta clasificación fue adoptada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-, mediante Resolución 0056 de 1998.

¹² A través de la clasificación CIIU se efectúa una clasificación única de las actividades económicas para Colombia, concretamente, la clasificación 5135 Incluye además de lo anteriormente relacionado, el comercio al por mayor de productos farmacéuticos y

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

El sujeto pasivo de la conducta, por su parte, lo constituye el destinatario de los actos de influenciación, quien además de ser el receptáculo de la conducta desplegada, en cualquiera de los sentidos que la norma indica, debe ostentar la condición o el carácter de empresa. En este sentido, debe observarse que Concentrados de Norte, se encuentra dedicada de manera habitual a la comercialización y distribución de productos veterinarios y agrícolas;¹³ actividades para las cuales ha destinado un conjunto de activos como establecimientos de comercio; todo lo cual permite determinar que estamos frente a una actividad organizada, y que en esta medida se ajusta a la definición de "empresa" que presenta el Código de Comercio,¹⁴ dado que confluyen la triada conformada por el empresario, la actividad económica y el establecimiento de comercio.¹⁵

Por consiguiente, el elemento subjetivo se cumple al advertirse la presencia de los sujetos activo y pasivo, en los términos que la ley señala.

b) Elemento Objetivo

Para esta Superintendencia, lo que se está reprimiendo con el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153, es que quien ejerza una actividad económica despliegue actividades orientadas a alterar el libre albedrío de una empresa, respecto del precio que está dispuesta a asignar a los bienes y servicios que ofrece. Debiendo advertir que la infracción ocurrirá, sin importar que se logre el resultado, ni el tamaño o el ascendente que el agente activo tenga sobre el pasivo. En efecto, la conducta de "influenciar" presupone alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo.¹⁶

En el caso en estudio se pudo establecer, entre otros hechos, que la sociedad Gabrica S.A. se dedica a la importación de productos veterinarios de las marcas Hills, Total Max, Intervet y Holliday,¹⁷ cuya distribución lleva a cabo a través de lo que denomina "clientes", entre los cuales

medicinales, artículos de perfumería, cosméticos y jabones de tocador, así como las actividades de envase y empaque de dichos productos cuando se realicen por cuenta propia.

¹³ Sobre el punto, es importante señalar que dentro de la clasificación CIIU, revisión 3AC, aparece en el No. 5239 la actividad económica correspondiente al comercio al por menor de productos diversos, en establecimientos especializados.

¹⁴ Efectivamente, de acuerdo con el artículo 25 del Código de Comercio, "se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

¹⁵ Sobre el tema de empresa el doctor José Ignacio Narváez García, sostiene: "De manera que la actividad económica organizada encuentra en el establecimiento el medio instrumental adecuado; y en el empresario el sujeto que, como persona natural o como persona jurídica, articula esos dos elementos desde el punto de vista económico y jurídico. Dentro de este esquema conceptual debe ser interpretada toda referencia de la ley a la empresa mercantil".

"Ciertamente la empresa mercantil es integrada por esta triada:

"a) El empresario o perfil subjetivo, es el titular de los bienes materiales e inmateriales destinados para desarrollar la actividad de que se trate y sujeto de los derechos y obligaciones que surgen en la misma;

"b) El perfil objetivo, o sea la actividad económica organizada para producir o intercambiar bienes o prestar servicios, y,

"c) El perfil funcional, vale decir el establecimiento o conjunto de bienes integrados y combinados por el empresario, conforme a un plan predeterminado, para realizar la actividad económica que se propone". (La Empresa y el Establecimiento, editorial Legis, primera edición, páginas 27 a 28)

¹⁶ Véase: Resolución 20229 de 2001 de esta Superintendencia.

¹⁷ En su declaración la señora Mónica Alhach Salom, respecto a la pregunta: "Podría indicarnos qué clase de productos que comercializa Gabrica, así como las marcas respectivas?". Contestó: "Los productos que comercializa Gabrica son concentrados, medicamentos y vacunas para uso veterinario estrictamente perros y gatos. Los concentrados son de marca Hill's que pertenece a la empresa Colgate Palmolive y proviene de Estados Unidos. El otro concentrado es de marca Total Max y viene de Brasil. Los medicamentos veterinarios son de marca Holliday proviene de Argentina y las vacunas son de marca Intervet y pertenecen a un laboratorio Holandes. Quiero aclarar que somos distribuidores exclusivos de los tres primeros para Colombia y que los cuatro productos que distribuimos son de alto contenido técnico".

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

aparecen médicos veterinarios, pet shops y almacenes agrícolas, que cuentan generalmente con la asistencia de un médico veterinario.¹⁸

En este contexto y una vez examinada la correspondiente documentación, se observó que Gabrica les concedía a sus clientes un 20% de margen de descuento. Sin embargo, Concentrados del Norte mantenía su propia política de fijación de precios, consistente en disminuir el margen de descuento al 7%, para de esta forma bajar el precio final de venta al público.

La situación descrita en el párrafo anterior generó la inconformidad de los clientes restantes, quienes expusieron la situación a la empresa investigada para que tomara cartas en el asunto y reconviniere a Concentrados del Norte acerca del precio que estaba fijando al público, tal y como se desprende de la declaración de la señora Mónica Alhach Salom, representante legal de la empresa investigada, quien frente a la pregunta "Cuál es la razón por la cual Concentrados del Norte no es cliente de Gabrica Ltda. en la actualidad", respondió "Se rompieron las relaciones comerciales cuando... no acataban el precio sugerido por nosotros y ésto generaba inconformidad entre el resto de nuestros clientes ...".¹⁹

Fue así como, Gabrica en repetidas ocasiones manifestó a la denunciante que debía nivelar los precios de sus productos a los establecidos en las listas que enviaba, los cuales para ese momento, eran los mismos que seguían sus demás clientes. Así se estableció en la declaración de la señora Yanet Dionisio Aya, administradora de Concentrados del Norte, quien a la pregunta "Indique a este Despacho cómo fundamenta su afirmación señalada en la pregunta 14, donde usted señala 'que Gabrica insistía en que tenían que mantener precio público'", respondió: "Basado todo en la relación comercial porque uno trata siempre con los vendedores. Andrea siempre llegaba a hablar sobre los precios públicos nuestros, en repetidas ocasiones habló conmigo, habló con don Antonio que es el propietario, ella nos decía que teníamos que subir los precios, que estábamos vendiendo muy bajo que teníamos que vender a precio de lista".²⁰

Así mismo, a la pregunta formulada por el Despacho "De conformidad con lo expuesto por usted en la queja presentada a esta Superintendencia y en el transcurso de la presente diligencia, podría indicarnos si lo sabe, cuál fue la razón por la cual Gabrica otorgaba descuentos inferiores a Concentrados del Norte que a los demás competidores", manifestó: "La razón que ellos nos dieron era que teníamos los precios más bajos que el resto de los distribuidores. En repetidas ocasiones recibimos la visita de la vendedora de Gabrica, Andrea, para tratar sobre el mismo tema, los precios bajos sobre los productos H'ills que vendía Concentrados del Norte y la respuesta de nosotros siempre fue la misma, que estábamos en un mercado de competencia y tenemos que vender y competir".

La anterior declaración encuentra respaldo en lo manifestado por la misma señora Andrea del Pilar Prada Godoy, Jefe de la zona Bogota Sur, Ibagué y Neiva de la empresa Gabrica, quien al serle preguntado: "Cuál es la política de precios a la que usted hacía referencia en la que Concentrados del Norte no se identifica con Gabrica Ltda", contestó en los siguientes términos: "Ellos, según Yanet Dionisio les interesa solamente tener un margen de ganancia del 7% cuando lo normal es el 20% y

¹⁸ Sobre el punto manifestó la señora Mónica Alhach Salom, en su declaración, obrante a folios 342 a 346 del cuaderno principal del expediente No 01098823, lo siguiente: "PREGUNTA 4: En relación a los productos que ha mencionado usted en su respuesta anterior, podría especificarnos qué redes de distribución utiliza Gabrica para efectos de colocarlos en el mercado?"

RESPUESTA: Nosotros tenemos nuestros representantes de ventas que son veterinarios y éstos a su vez le venden a médicos veterinarios, almacenes agrícolas con presencia de médico veterinario y pet shops. No vendemos en almacenes de cadena como Éxito etc."

¹⁹ Ver folio 173 del cuaderno principal del expediente No 01098823.

²⁰ Ver folio 2138 del cuaderno principal del expediente No 01098823.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

el resto darlo al consumidor final. Para nosotros es muy importante que se maneje un servicio con valor agregado, es decir que el servicio se debe manejar como competencia y no competir con los precios. Para Gabrica es importante que se le recomiende a los clientes el producto adecuado y no que lo consigan mas barato pero se les recomiende ma^r.²¹ (Subrayado fuera del texto)

Así pues, Gabrica habría realizado actos tendientes a que Concentrados del Norte cesara en su intento de mantener el porcentaje de descuentos concedido en el 7%, procurando siempre que éste fuera incrementado al 20%, lo que necesariamente habría de repercutir en precios de venta al público mas altos, de los que estaba ofreciendo.

De modo que la presión ejercida contra la denunciante para que incrementara los precios de los productos de Gabrica, constituye a juicio de este Despacho, un acto de influenciación. Lo dicho cobra fuerza si se tiene en cuenta que la condición de importador exclusivo que tenía Gabrica y de proveedor de los mismos,²² le conferían una capacidad suficiente para incidir en las determinaciones de Concentrados del Norte, que de no acatar sus observaciones se vería expuesta a la negativa de venta, como en efecto sucedió, según explicaremos más adelante.

En este contexto, la práctica que se ha analizado limita la libre competencia, en cuanto conduce a que el precio no sea el resultado de las fluctuaciones de las fuerzas del mercado, ni de la rivalidad entre competidores sino el resultado de una influencia ejercida por Gabrica de la que se deriva una pérdida de autonomía, al paso que el precio, como instrumento de lucha por el favorecimiento de la clientela, pierde su razón de ser.

Un esquema de libre mercado se edifica sobre la independencia de las decisiones empresariales,²³ por ello la determinación de precios debe ser el resultado de una multiplicidad de factores que operan en distinta dirección y con diferente poder en la mente de quien tiene que asumir la posición o establecer la cifra correspondiente. Para que el esquema de libre empresa reporte sus beneficios es imperativo que esas consideraciones sean las propias y no unas ajenas, ya que la injerencia de factores sugeridos distintos al funcionamiento mismo del mercado o a las políticas propias en la decisión de un agente de asignar sus precios, pone de manifiesto una intromisión indebida.

En este contexto, el influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye *per-se* un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anticompetitiva sobre los precios, basta con que tenga lugar el verbo rector "*influenciar*" orientado a alterar, variar o siquiera incidir en el parecer sobre el monto del precio que se pretendía cobrar por un determinado producto, ya para aumentarlo o disminuirlo.²⁴ De ahí que el objeto de la influencia sea el eje central sobre la cual se

²¹ Ver folio 177 del expediente No 01098823.

²² En declaración de la señora Mónica Alhach Salom representante legal de Gabrica, frente a la pregunta "Tienen ustedes contratos de exclusividad con empresas extranjeras para la importación de algunos de estos productos" respondió "Si tenemos para Hill's, Holliday y Total Max". Ver folios 170 a 173 del expediente radicado bajo número 01098823.

²³ Sobre este punto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que, "*considerada objetivamente, la competencia debe significar una emulación entre comerciantes tendiente a la conquista del mercado con base en un principio según el cual logrará en mayor grado esa conquista el competidor que alcance la mejor combinación de los distintos elementos que puedan influir en la decisión de la clientela (...). Así concebida la competencia, encaja perfectamente dentro del esquema de la libertad de empresa (Art. 32 C.N.) y, por tanto, la posibilidad de competir por la clientela se convierte en un verdadero derecho para el empresario, garantizado en las disposiciones constitucionales*". (Gaceta judicial CLXXXVII, 1986).

²⁴ Respecto a los tipos de "conducta" afirmó el doctor Alfonso Reyes Echandia, son "*...aquellos que describen como punible el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias, ... sin que se requiera que tal actitud ocasione determinadas consecuencias*", en contraposición a los tipos de resultado a los cuales definió como "*... aquellos en los que se exige expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto; adviértase que el concepto de resultado o efecto- llamado "evento" por los italianos- ha de entenderse en sentido naturalísimo y no jurídico, vale decir como una modificación del mundo exterior*".

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

estructura la conducta prohibitiva, pues como la norma lo describe debe estar encaminada a incidir en la esfera de la voluntad de otro agente.

Para el caso analizado la acción se predica exclusivamente del sujeto activo, la norma no condiciona ni supedita su configuración a una respuesta positiva del influenciado, ni siquiera habla de una variación del mundo exterior. De haber sido esa la intención del legislador, habría señalado expresamente tal presupuesto como hiciera en otras disposiciones al referirse al "efecto" de la conducta. Atribuir esa connotación o exigencia a la norma en comento sería ir más allá de lo que verdaderamente pretendió el legislador.

En este sentido, debe recordarse que las normas sobre competencia revelan un marcado interés preventivo, su operancia tiende a evitar un menoscabo al mercado, razón por la cual resultaría contradictorio tener que esperar a que el resultado nocivo se haya ocasionado para que éstas empiecen a tener vigencia, cuando lo pretendido es justamente salvaguardar al mercado de toda afectación.²⁵

En el anterior orden de ideas, la adecuada interpretación de la norma aludida es que, para que se considere afectada la libertad económica no se requiere que haya sido eliminada la prerrogativa de decidir sobre los propios precios, pues bastará con que ésta se vea enfrentada por un elemento legalmente extraño, la influencia de un tercero, sin precisar que éste sea "ef" determinante.

Por ello y volviendo al caso que nos ocupa, debemos concluir que una vez estudiadas las distintas piezas procesales que obran en el expediente,²⁶ se pudo comprobar que Gabrica ejerció actos de influenciación sobre Concentrados del Norte, para que aumentara el precio de los productos distribuidos y los igualara a los establecidos en las listas de productos por ella enviados, lo que a las claras constituye una intromisión en la política de precios de otro agente económico, sin razón válida que la justifique.

Así y aun cuando el numeral 2 del citado artículo 48 presenta dos supuestos distintos e independientes, cada uno con vida y susceptible de configuración propia, debemos concluir que en el caso *sub examine* concurre el primero de ellos, quedando en evidencia la responsabilidad de Gabrica, por la infracción a esta norma.

1.2 Retaliación a política de precios

El numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, consagra que se considera contrario a la libre competencia, el acto de "*Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios*"

(Manual de Derecho Penal, Editorial Temis, 1994, página 115).

²⁵ La doctrina aludiendo al supuesto de "inducción a la ruptura contractual", que si bien corresponde a un acto de competencia desleal se trata también de una conducta de medio, ha manifestado que "*la norma —el artículo 17 de la ley 256 de 1996— siguiendo los lineamientos trazados en el conjunto de las disposiciones que regulan los distintos supuestos, no condiciona la calificación de la conducta desleal a los resultados, porque sería inócua la acción preventiva o prohibitiva que se consagra en el numeral 2 del artículo 20 de la ley. Esperar que se produzca la ruptura de la relación contractual para la concreción de la deslealtad de la inducción, conduciría a introducir un desorden en el mercado; y si para calificar al competidor de desleal, se requiere en igual sentido, que se produjera para él ventaja competitiva la norma, la norma no estaría redactada como está; regularía la 'Terminación de Contratos a consecuencia de la Inducción de Competidor'. Por consiguiente, debe la norma interpretarse en el sentido que lo querido por el legislador, en consonancia con el 'modelo social' sobre el cual descansa la formulación jurídica sobre competencia desleal, es que la 'inducción a la ruptura contractual', independientemente de los resultados pretendidos, debe ser calificada como conducta desleal'. (Delio Gómez Leiva. "De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica", Cámara de Comercio, 1998, página 414). (El subrayado es nuestro)*

²⁶ Ver el conjunto de pruebas obrantes en el expediente en especial, documentos, declaración de parte de la señora Mónica Alhach Salom y pruebas testimoniales de las señoras Yaneth Dionisio y Andrea del Pilar Prada Godoy.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Así pues, la norma en comento puede presentarse en cualquiera de estos sentidos:

- Acto de:
 - Negarse a vender o prestar servicios a una empresa cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.
 - Discriminar en contra de una empresa cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

De modo pues, que el mismo precepto normativo comprende dos supuestos, cada uno con vida propia y susceptible de configuración. Negarse a vender o discriminar a una empresa cuando ello constituye una retaliación a su política de precios, lo cual al tenor de la norma, son actos restrictivos de la libre competencia. Veamos entonces, si alguno de ellos se presenta en el caso que nos ocupa.

a) Elemento Subjetivo

La norma que se analiza se estructura sobre la base de la existencia de dos sujetos, uno activo y otro pasivo. El primero de ellos, quien ejerce la negativa de venta o la discriminación, y el segundo que se ve expuesto a este tratamiento en retaliación a su propia política de precios. En relación con este punto son aplicables las mismas consideraciones que hicieramos en la letra a) del numeral 1.2, al referirnos a la cualificación de los sujetos.

b) Elemento Objetivo

El precepto normativo señalado se estructura sobre la negativa a vender a una empresa o la discriminación en su contra, ambos supuestos, como consecuencia de su política de precios.

Respecto al primero de ellos, nótese que lo que se está reprochando no es el simple acto de dejar de vender a una empresa en particular, sino cuando tal determinación comporta una retaliación a la política de precios que se tiene implementada, de modo que entre una y otra medie una relación de causa-efecto. Respecto al segundo de los supuestos podría decirse lo mismo, y es que esa diferencia en el trato no tenga otra razón de ser que la política de precios que decide adoptar una empresa en particular, que por la falta de justificaciones valederas se torna en discriminatoria.

La posibilidad de las empresas de "*participar libremente en los mercados*" constituye una de las principales finalidades que persiguen las normas sobre la libre competencia, y no cabe duda que el precio constituye por excelencia uno de los principales instrumentos que se tiene para tal propósito. En esa medida, cuando el precio no es fijado por el empresario, en consideración a sus costos y expectativas de utilidad, sino impuesto por un tercero, se está coartando la posibilidad de participar y desenvolverse libremente en un mercado.

El precio como factor de competencia corresponde al fuero de cada agente económico y es por ello que esa capacidad de autodeterminación no puede ser desconocida o atropellada, por quien utiliza en la venta de productos o en la prestación de servicios, instrumentos de presión o retaliación para quienes se resisten a su sometimiento, y mucho menos cuando el resultado de todo ello confluje en una paridad de precios que termine por anular cualquier intento de competencia.

Así pues, la manera en que fue redactada la norma exige un efecto o resultado, en este caso la negativa a vender, con lo cual no basta con que se haya tenido la intención de hacerlo o de dejarlo de hacer. Se requiere que haya existido una negativa a vender y que ésta haya sido como retaliación a la política de precios implementada, luego, la simple potencialidad de producirse o de anunciarse el resultado contemplado en la ley sin que efectivamente se dé, no constituyen comportamientos censurables a la luz de nuestro ordenamiento jurídico.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Dicho lo anterior, debemos puntualizar que en el caso objeto de estudio se pudo establecer la existencia de una negativa de venta de Gabrica a Concentrados del Norte, debido a la política de precios que empleaba en la venta de los productos veterinarios y concentrados adquiridos de la empresa investigada. Efectivamente, tal como se expusiera en la queja presentada ante esta Entidad por la señora Yanet Dionisio Aya, administradora de Concentrados del Norte, "A mediados del mes de octubre pasado, hablamos con la persona de despachos de esta empresa-refiriéndose a Gabrica- solicitando un pedido el cual no fue atendido. En vista de la necesidad del producto hicimos la solicitud en repetidas ocasiones sin que tuviéramos respuesta alguna; a nuestra insistencia y no sabiendo que responder la persona de despachos concluyó diciéndonos que la orden era que a nosotros no se nos despachaba más porque vendíamos muy barato, razón por la cual recurrimos a una instancia mayor para corroborar esta situación; la cual fue confirmada por la señora SORAYA BELTRAN. (...)".²⁷

Lo anterior logró corroborarse pues fueron contundentes las declaraciones tomadas durante la actuación administrativa, en las cuales pudo establecerse que Gabrica no continuó despachando los productos por ella distribuidos a Concentrados del Norte, por cuanto no estaba de acuerdo con el manejo que le estaban dando a los descuentos. En este entendido, es preciso citar la declaración de la señora Mónica Alhach Salom, representante legal de Gabrica, practicada durante la etapa de investigación previa, cuando a la pregunta "Cuál es la razón por la cual Concentrados del Norte no es cliente de Gabrica Ltda. actualidad", respondió "Se rompieron las relaciones comerciales cuando: Primero, tuvimos llamadas de clientes de Concentrados del Norte en las que reclamaban la mala indicación de nuestros productos por parte de Concentrados del Norte, es decir se les daba una mala recomendación del producto adecuado para el problema de la mascota. Segundo, cuando no acataban el precio sugerido por nosotros y ésto generaba inconformidad entre el resto de nuestros clientes. Tercero, porque Concentrados del Norte mostró que su principal objetivo era vender y no prestar la atención veterinaria".²⁸ Lo anterior, valga decir, no fue desconocido en la ampliación de la declaración y más bien si corroborado por otras pruebas. (Subrayado nuestro)

Frente al punto relacionado con la política de precios, es preciso denotar lo afirmado por la señora Andrea del Pilar Prada Godoy, quien en su calidad de médico veterinario, jefe de la zona Bogotá Sur, Ibagué y Neiva de la empresa Gabrica, en relación con la pregunta "Cuál es la política de precios a la que usted hacia referencia en la que Concentrados del Norte no se identifica con Gabrica Ltda." contestó lo siguiente: "Ellos, según Yanet Dionisio les interesa solamente tener un margen de ganancia del 7% cuando lo normal es el 20% y el resto darlo al consumidor final. Para nosotros es muy importante que se maneje un servicio con valor agregado, es decir que el servicio se debe manejar como competencia y no competir con los precios. Para Gabrica es importante que se le recomiende a los clientes el producto adecuado y no que lo consigan mas barato pero se les recomiende mal".²⁹ (Subrayado nuestro)

En este entendido, es preciso resaltar lo expuesto por la señora Yanet Dionisio Aya, administradora de Concentrados del Norte, respecto a la conducta de negativa de venta de los productos por parte de Gabrica, sobre el particular expreso:

"PREGUNTA 13: Podría explicar a este despacho, la expresión utilizada por usted en la queja formulada a esta entidad cuando manifiesta " si bien tenemos entendido que uno fija sus precios y estima su margen de utilidad de acuerdo con las necesidades del negocio, no entendemos por qué

²⁷ Queja presentada por la señora Yanet Dionisio Aya, radicada bajo el número 01098823 del 19 de noviembre de 2001, obrante a folios 190 a 191 del expediente radicado bajo número 01098823.

²⁸ Ver declaración obrante a folios 170 a 172 del expediente radicado bajo número 01098823.

²⁹ Ver declaración obrante a folios 175 a 177 del expediente radicado bajo número 01098823.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

la negativa de este proveedor en seguimos atendiendo...", lo cual implicaba dígame si no es cierto, que no tenían la potestad de fijar libremente los precios de venta a dichos productos, se le pone de presente el referido documento obrante a folios 190 y 191 del expediente?

RESPUESTA: Gabrica insistía en que nosotros teníamos que vender a precio público, lo cual nosotros no hacíamos. Tomábamos el precio de lista sacábamos los descuentos y fijábamos nuestro margen, eso era lo que yo quería decir en la queja.

PREGUNTA 14: Manifiesta usted en respuesta anterior 'que Gabrica insistía en que nosotros teníamos que vender a precio público' podría usted ilustrar al despacho sobre qué implicaba dicha insistencia?

RESPUESTA: Que teníamos que vender al precio de lista público que ellos nos entregaban.

PREGUNTA 15: Podría usted indicar al despacho nuevamente, si el no seguir la política de vender a precio público que Gabrica les exigía para la venta de sus productos, trajo alguna consecuencia para concentrados del norte?

RESPUESTA: Se terminó la relación comercial con Gabrica".³⁰ (Subrayado nuestro)

Sin duda la práctica que se ha analizado restringe la competencia, en cuanto limita la posibilidad de que las empresas puedan participar libremente en los mercados, vulnerando así las normas de la competencia que en últimas pretenden reconocer y garantizar la posibilidad de competir libremente fijando los propios precios. Se trata entonces, de un procedimiento o práctica que ha implementado Gabrica y que tiende a limitar la libre competencia, en los términos señalados por el artículo 1° de la Ley 155 de 1959.

Por tanto, que no se diga que la relación de Gabrica con Concentrados del Norte era eminentemente contractual, y que en tal virtud, constituía una facultad dispositiva, decidir hasta qué momento se continuaba con el despacho de productos, pues como atrás quedara expuesto, lo que realmente hubo fue una retaliación de parte del investigado en contra de la política de precios seguida por el denunciante, conducta que a la luz del precepto que se analiza, supone la realización de una práctica comercial restrictiva.³¹

En este contexto, se tiene que los actos de influenciación y los de negativa a la venta que han sido estudiados se encuentran vinculados estrechamente, como quiera que la negativa aludida fue precisamente la respuesta que diera Gabrica al no acatamiento de Concentrados del Norte a la influencia ejercida. Así, existe una relación causal entre un comportamiento y otro, donde la negativa a la venta estuvo precedida de los actos de influenciación ya descritos.

Así y aun cuando el numeral 3 del citado artículo 48 presenta dos supuestos distintos e independientes, debemos concluir que en el caso *sub examine* concurre el primero de ellos, quedando en evidencia la responsabilidad de Gabrica, por la infracción a esta norma.

³⁰ Ver declaración de la señora Nubia Yanet Dionisio Aya, obrante a folios 2137 a 2142 del expediente radicado bajo el número 01098823.

³¹ Según ha advertido la Corte Constitucional, "la libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o explotación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal. Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual". Sentencia T-240/93

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

2. Respecto a las consideraciones de los investigados
2.1 La influenciación como verbo rector de la conducta

Aunque sutil, existe una diferencia entre sugerir un precio e influenciar a alguien sobre la manera como debe fijarlo. Así, la sugerencia estriba en la recomendación, casi siempre en beneficio de quien la recibe, para que adopte un precio cualquiera, al paso que la influencia, en la manera que la contempla el numeral 2° del artículo 48, consiste en la conducta que se despliega con el ánimo de alterar o siquiera incidir en el parecer de otro, no para que fije un precio cualquiera sino para que aumente el que ya tiene o para que desista de su intención de rebajarlo, y que por las circunstancias que la preceden o que la rodean lleva implícito, cuando no explícito, un interés de quien la ejerce que permite vislumbrar una respuesta a la manera en que sea acogido.

Luego, lo restrictivo y merecedor de reproche es el comportamiento que está dirigido a irrumpir en la capacidad decisoria de otro agente económico, pues tal circunstancia subyace como una amenaza para la libertad que tienen las empresas de participar libremente en los mercados, toda vez que el precio constituye un herramienta vital dentro de sus políticas comerciales y un instrumento de información general para el mercado,³² por el cual debe tratar de preservarse libre de externalidades y distorsiones artificiales.³³

Así pues, cuando la firma que tiene la distribución exclusiva de ciertas marcas que constituyen un segmento especial del mercado, se comunica en repetidas ocasiones con alguno de sus clientes para llamarle la atención por la política de precios que está utilizando y exigirle que los incremente a la par de sus demás competidores, es obvio que no se está frente a una simple "sugerencia".³⁴

³² Sobre este particular se ha expresado: "En un sistema de mercado, todo tiene un precio, que es el valor del bien expresado en dinero. Los precios representan los términos en los que las personas y las empresas intercambian voluntariamente las diferentes mercancías. Los precios transmiten además, señales a los productores y a los consumidores. Si los consumidores desean obtener una mayor cantidad de un bien, envían una señal a los productores de que han de aumentar la oferta. (...) Los precios coordinan las decisiones de los productores y los consumidores en el mercado. Su subida tiende a reducir las compras de los competidores y fomenta la producción. Su bajada fomenta el consumo y reduce los incentivos para producir. Los precios constituyen el engranaje del mecanismo del mercado". (SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. "Economía XV Edición, McGraw-Hill, 1996, págs. 23-23.

³³ Sobre las finalidades de la libre competencia la Corte Constitucional ha sostenido: "Puede concluirse: (1) la finalidad de la ley demandada es la de promover la libre competencia en el mercado de bienes y, por ende, se ajusta a la Constitución; (2) la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores; (3) la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; (4) la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente". (Sentencia Corte Constitucional C-535 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁴ Al respecto, la señora Yanet Dionisio Aya, Gerente administrativa de Concentrados del Norte, manifestó:
"(...)".

PREGUNTA 4: Teniendo en cuenta su respuesta a la pregunta número 2 formulada por este despacho, podría ilustrarnos un poco más, sobre los fundamentos de hecho que llevaron a Concentrados del Norte a colocar la queja ante esta Entidad y si lo recuerda podría precisarnos la fecha en la cual se colocó la queja en mención.

RESPUESTA: Fechas exactas no las recuerdo. Tal vez hace un año más o menos. La razón que nos motivo a colocar la queja fue, porque nos sentimos maltratados por Gabrica Ltda. En una ocasión anterior, recibimos dos listas de precios diferentes, una con precios más altos, en su momento la vendedora creo que se llamaba Andrea no recuerdo el apellido, nos informo que se habían equivocado y que la lista de precios para nosotros era la mas alta. Nosotros nos dimos cuenta que la lista que estaba operando para el resto de distribuidores de la línea Hill's era la mas baja, volvimos a hablar con la vendedora y ella nos dijo que la lista de nosotros era la mas alta, porque nosotros dábamos mas descuentos. En ese momento hablamos con Soraya Beltrán que era la gerente de ventas y la razón fue la misma, nosotros optamos por no comprarle mas Gabrica, pero vino a nosotros Soraya y nos dijo que quería volver a negociar con nosotros, se disculpó por lo de las listas anteriores y renovamos la actividad comercial. Ellos nos informaron que le descuento era el que tenía todo el mundo. Pero ingresó a la empresa de nosotros en diciembre va a ser dos años, una persona que trabajaba en un almacén que también distribuía la misma línea, cuando se dio cuenta de los descuentos que nosotros teníamos nos informó que ellos siendo un almacén más pequeño tenían descuentos mas altos. Volvimos a reclamar a Gabrica y la razón fue la misma que nuestros precios eran muy bajos. Sin embargo, seguimos manejando la línea hasta que un día la persona de despachos de Gabrica no respondió a un pedido realizado por nosotros, insistimos en varias oportunidades de por qué no llegaba el pedido y la

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

La práctica puso en evidencia una situación bien distinta a la que se pretende hacer creer, pues no se explica cómo la simple inobservancia de una sugerencia pueda devenir en una ruptura de las relaciones comerciales, como efectivamente sucedió con Concentrados del Norte.³⁵ Por ello, mal puede decirse que se trató simplemente de sugerencias o recomendaciones hechas por Gabrica a Concentrados del Norte, cuando la primera tenía un claro interés en que la denunciante "no desorganizara el mercado" como varios de sus clientes se lo habían anunciado en reiteradas reclamaciones.³⁶

razón de la señora Rubiela era no despacharle a Concentrados del Norte. Me comunique telefónicamente con Soraya Beltrán y la respuesta de ella fue muy radical, ustedes no nos interesan como clientes. Estas situaciones fueron las que nos motivaron a colocar la queja".

"(...).

"PREGUNTA 16: De conformidad con lo expuesto por usted en la queja presentada a esta Superintendencia y en el transcurso de la presente diligencia, podría indicarnos si lo sabe, cuál fue la razón por la cual Gabrica otorgaba descuentos inferiores a Concentrados del Norte que a los demás competidores.

RESPUESTA: La razón que ellos nos dieron era que teníamos los precios más bajos que el resto de los distribuidores. En repetidas ocasiones recibimos la visita de la vendedora de Gabrica, Andrea, para tratar sobre el mismo tema, los precios bajos sobre los productos Hills que vendía Concentrados del Norte y la respuesta de nosotros siempre fue la misma, que estábamos en un mercado de competencia y tenemos que vender y competir".

³⁵ En relación con el tema, debe tenerse en cuenta lo manifestado por la señora Yanet Dionisio Aya, administradora de Concentrados del Norte, en denuncia presentada ante esta Entidad, en los siguientes términos: "A mediados del mes de octubre pasado, hablamos con la persona de despachos de esta empresa –refiriéndose a Gabrica- solicitándole un pedido el cual no fue atendido. En vista de la necesidad del producto hicimos la solicitud en repetidas ocasiones sin que tuviéramos respuesta alguna; a nuestra insistencia y no sabiendo que responder la personas de despachos concluyó diciéndonos que la orden era que a nosotros no se nos despachaba mas por que vendíamos muy barato, razón por la cual recurrimos a una instancia mayor para corroborar esta situación"

En el mismo sentido, aparece lo manifestado por Mónica Aihach Salomón, Gerente General de Gabrica, cuando a al preguntársele sobre la razón por la cual Concentrados del Norte no es cliente de Gabrica en la actualidad, contestó: "Se rompieron las relaciones comerciales cuando: primero, tuvimos llamadas de clientes de Concentrados del Norte en las que reclamaban la mala indicación de nuestros productos por parte de Concentrados del Norte, es decir se les daba una mala recomendación del producto adecuado para el problema de la mascota. Segundo, cuando no acataban el precio sugerido por nosotros y esto generaba inconformidad entre el resto de nuestros clientes. (...)"

³⁶ Efectivamente, reposan en el expediente varias comunicaciones que fueran aportadas por la apoderada de la empresa investigada, en las cuales se evidencia el malestar que la política comercial seguida por Concentrados del Norte había ocasionado a los demás clientes de Gabrica, quienes expresaron su desacuerdo en los siguientes términos:

- Carta de fecha 12 de diciembre de 2000, dirigida por la señora Gloria Cuervo a Gabrica, en la cual le manifiesta: "(...) Quiero por medio de esta manifestar mi inconformidad a raíz de la presión que estamos recibiendo por el tipo de competencia de Concentrados del norte, ya que ellos trabajan con descuentos bastante amplios sobre los productos que Gabrica representa(...)". Ver folio 306 del expediente.
- Mediante Carta de fecha 11 de enero de 2002, el señor Germán G. Flórez, representante de Ceba, expresó: "(...) Por la presente y de la forma más comedida queremos manifestar nuevamente nuestra preocupación por diferencias considerables de precios que se han encontrado en el almacén CONCENTRADOS DEL NORTE(...)" Ver folios 303 a 305 del expediente.
- El señor David Ernesto Montoya Torres, médico veterinario, gerente de la Clínica Veterinaria Veteriland, en carta dirigida a Gabrica de fecha 29 de agosto de 2000, manifestó: "Me dirijo a usted para expresarle una inquietud que a mí y a algunos colegas nos viene preocupando últimamente; la situación de seguro no es nueva para usted, pero quisiera hacerle algunas consideraciones alrededor de la misma y conocer luego su opinión y la posición de la empresa al respecto. Hemos encontrado establecimientos como CONCENTRADOS DEL NORTE donde distribuyen los alimentos concentrados para perros de Hills, a precios irrisorios en comparación a los precios públicos que tenemos para esos productos en nuestra clínica. Entiendo perfectamente las estrategias de marketing, la oferta y la demanda y además la legislación sobre libertad de precios. Pero también creo que si algunas otras compañías tienen líneas éticas con el veterinario y encuentran estrategias para protegernos de competencias desleales, sin perjudicar sus ventas (aun más; aumentándolas), no veo por qué Gabrica no puede hacerlo siendo la compañía que Hills es internacionalmente". Ver folios 301 a 302 del expediente.
- El señor David Ernesto Montoya Torres, medico veterinario, gerente de la Clínica Veterinaria Veteriland, manifestó en carta de fecha 4 de enero de 2001, dirigida a Gabrica: "(...) Hace algunos meses me dirigí a usted con la inquietud que teníamos algunos colegas y yo sobre el manejo de los productos de Hills en el mercado.

"Actualmente me encuentro muy preocupado, porque aparentemente no ha habido cambio en tal situación. Algunos clientes me han tildado de usurero porque dicen que consiguen las dietas Hills en lugares como CONCENTRADOS DEL NORTE, a precios irrisorios, que si nosotros manejáramos estaríamos casi perdiendo dinero si tenemos en cuenta los costos de almacenaje y ventas No sé cual sea la razón para que estos almacenes puedan vender a esos precios, pero están afectando ignificativamente

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Al margen de cualquier consideración respecto a la licitud o ilicitud de los precios sugeridos en nuestra legislación, lo cierto es que el comportamiento realizado por la empresa investigada rebasa los límites de una simple recomendación para adecuarse en la conducta de influenciación que proscribe nuestro Ordenamiento.

Así las cosas, el argumento expuesto por la apoderada de la empresa investigada está llamado a no prosperar, en la medida en que durante la presente actuación administrativa se probó el verdadero propósito que se perseguía con el acto de influenciación respecto de Concentrados del Norte, como era el que elevará los precios de los productos por ella distribuidos al mismo umbral de sus demás clientes, conducta ésta que en ningún momento puede ser enmarcada como supuesto permitido en nuestro ordenamiento legal, como lo afirma la apoderada.

2.2 Vías de protección

La fijación de precios propios lejos de constituir un acto desleal o restrictivo de la competencia, representa la manera en que un agente económico actúa frente a interacción de las fuerzas de la oferta y la demanda. Por tanto, entre mayor cantidad de precios existan en el mercado para un mismo bien o servicio, habrán en principio, mayores alternativas para el consumidor final, todo lo cual redundará en una presión de los precios hacia abajo.

En este sentido, mal puede decirse que el comportamiento desplegado por la denunciante conlleve un acto desleal o restrictivo de la libre competencia, mas aun cuando a tal conclusión solo podría arribarse dentro del curso de una investigación y soportada en las pruebas necesarias. Lo que sí resulta violatorio de la ley es que *so pretexto* de estar defendiendo las condiciones de un mercado, se atente contra la capacidad de autodeterminación de los agentes económicos y contra la posibilidad de los consumidores de obtener productos a mejores precios, pues sin lugar a dudas ello sí entraña una restricción indebida del mercado.

En este contexto, los efectos que puedan derivarse de la política de precios aplicada por parte de Concentrados del Norte obviando el apoyo y asistencia técnica que se menciona, es materia que debe ventilarse en las vías procesales pertinentes, mas de ninguna manera pueden constituir patente de corso para la realización de actos contrarios a la libre competencia. Sobre este punto,

nuestras ventas y la rotación de los inventarios; lo cual para una empresa joven como lo nuestra es crítico y si esta situación continua muy pronto podríamos hasta desaparecer (...). Folio 300 del expediente.

- En carta de fecha 3 de marzo de 1999, el señor Jaime Franco, administrador de la sociedad comercial Brasilia Ltda., manifestó: *"(...)Por intermedio de este comunicado queremos expresarle a usted y a su compañía nuestra motivación por el manejo que ustedes, están dando al vender los productos a CONCENTRADOS DEL NORTE, sin tener en cuenta que nos están perjudicando ya que la rotación de nuestros inventarios se han visto afectados por el valor tan supremamente bajo que este almacén maneja con los cliente finales, llegando a no ser competitivo para nosotros y obligándonos a venderlos de igual manera o en su efecto a realizar a ustedes la devolución de dicha mercancía, ya que nuestro negocio se sostiene por la rentabilidad de tan excelentes productos. Solicitó a ustedes una pronta solución a este grave problema puesto que no solo nos esta afectando a nosotros si no también a todo el sector de esta zona convirtiéndola en una competencia desleal que al final las ventas solo se centraría en un solo cliente como lo es CONCENTRADOS DEL NORTE, haciendo con esto desaparecer completamente nuestros negocios".* Ver folio 299 del expediente.
- El señor Gabriel E. Betancourt R., director del G.B. Hospital Veterinario, hacia énfasis en : *"(...) Por medio de la presente me dirijo a ustedes para informarles que nuestros clientes se nos están quejando y tratando de ladrones debido a que en CONCENTRADOS DEL NORTE se están vendiendo los concentrados Hills distribuidos por ustedes a unos precios muy bajos, afectando así los márgenes de utilidad que se manejan pues apenas nos alcanzan para tratar de mantener nuestros almacenes (...)"*. Ver folio 297 del expediente.
- El veterinario Camilo Pinzón, en comunicación de fecha 28 de abril de 2001, hacia la siguiente observación a Gabrica: *"(...) Las ventas se nos han bajado de manera notable pues los clientes se quejan de que en Concentrados del Norte los consiguen mas económicos, haciendo cuentas tendríamos que vender el producto al costo, cosa que no es conveniente para nosotros (...)"*. Folio 295 del expediente.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

valga agregar que dentro de las circunstancias que el Decreto 2153 de 1992, presenta como excepcionales a la conductas contrarias a la libre competencia, no aparece ninguna que guarde relación con la defensa o protección de conductas desleales.³⁷ Siendo así, se mantiene el carácter restrictivo del comportamiento que se analiza.

2.3 Especialidad de los productos de Gabrica

Es claro el interés que puede tener un agente económico porque sus productos cuenten con la asistencia técnica adecuada, que les permita garantizar la satisfacción de sus clientes y el posicionamiento de sus bienes y servicios en el mercado; empero, el punto como tal no resulta de índole teórico sino probatorio, siendo varias las afirmaciones esgrimidas por Gabrica que se encuentran huérfanas de pruebas que las sustenten.

Efectivamente, siendo la asistencia técnica en la venta de productos de Gabrica, como se dice por la apoderada de la investigada, un aspecto que resulta de vital interés para su prohijada, llama la atención que brille por su ausencia dentro del expediente, una prueba que permita establecer que al inicio de toda relación se hiciera esta advertencia a sus clientes, y mas aún, que se hiciera referencia a que la continuidad en el vínculo comercial estaba condicionado a contar con la presencia de un médico veterinario que asistiera el servicio de venta y posventa, y mucho menos que la falta del mismo constituyera causal de ruptura de las relaciones comerciales. Valga señalar que, revisado el formulario de Condiciones Comerciales que regía la relación entre Gabrica y sus clientes, no se observa ninguna cláusula o nota que ponga de presente las circunstancias antes señaladas.³⁸

En el mismo sentido, debemos decir que, no está probado que todos los productos que distribuye Gabrica sean especializados y que requieran para su venta de una prescripción médica. Incluso podría pensarse que, si la falta de asistencia técnica es la que permite a Concentrados de Norte vender por debajo de sus demás competidores, es porque los consumidores de estas marcas no perciben este aspecto tan esencial como lo entiende Gabrica, y que sus mascotas no han corrido riesgo por tal circunstancia.

Por esta misma vía, tampoco se ha demostrado que los demás clientes de Gabrica contarán con asistencia técnica para la venta de sus productos, incluso, no está probado que la denunciante no la tuviera. En el mismo contexto, no hay prueba que soporte la afirmación según la cual la denunciante habría estado vendiendo por debajo de costos.

Lo que sí está probado es el malestar que la política de precios de Concentrados del Norte causó en los demás competidores, y como éstos presionaron a Gabrica para que tomara cartas en el asunto, influenciando a Concentrados del Norte para que incrementara los precios de sus productos.

Pero en todo caso y admitiendo las afirmaciones realizadas por la investigada, la pregunta sería, qué tiene que ver la exigencia de contar con asistencia técnica con una nivelación de precios de venta por parte de todos los clientes. Es que acaso para tener veterinarios tiene un cliente que tener establecidos los mismos precios de venta que sus demás competidores. Ello sería tanto como pensar que todas las obligaciones contractuales asumidas por Concentrados del Norte solamente se podrían garantizar con una paridad de precios, lo que carece por completo de toda lógica.

Son dos cosas distintas, el interés cierto o no que pueda tener Gabrica de que sus clientes cuenten con asistencia técnica para la comercialización de sus productos y la infracción a las normas sobre libre competencia. De modo que, bajo el supuesto de la asistencia técnica no puede pensarse que

³⁷ Al respecto, véase el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

³⁸ Ver folios 159 - 161 del expediente.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

todos los precios deban ser iguales, entre otras cosas, porque los costos de cada empresa son propios y normalmente diferentes, en tanto aparecen en función de las actividades que realiza, del volumen o frecuencia de sus operaciones o de la mayor tecnología que tengan implementada.³⁹

De suerte pues que, no hay relación de causalidad entre el costo de los productos y la exigencia del veterinario, en tanto el pago de este último corresponde a un costo general de la actividad y no de la venta exclusiva de los productos de Gabrica. De no ser así, tendríamos entonces que los costos de los más de 600 clientes de la investigada deberían ser iguales y que en todos se financiaría la remuneración del veterinario con el ingreso exclusivo proveniente de la venta de productos de Gabrica.

No obstante y con el único fin de establecer la verdad procesal en el presente asunto, se precisa que las afirmaciones contenidas en el escrito de descargos al informe motivado, carecen de fundamento probatorio, pues examinadas palmo a palmo cada una de las pruebas decretadas y practicadas, se pudo establecer que no se encuentran acreditadas ni probadas dentro del expediente.

Por lo tanto, los argumentos de la apoderada carecen de la fuerza probatoria para desvirtuar las conclusiones de la presente investigación.

³⁹ A este respecto, es importante tener en cuenta lo manifestado el señor William León Porras Durán, gerente comercial de Silveragro Ltda.

"PREGUNTA 9: En declaración de la doctora Mónica Alhach Salom el 29 de mayo de 2002, a la pregunta formulada por este despacho número 13 "Cuál es la razón o motivo por el cual sugiere Gabrica a sus clientes precios para sus productos" contestó la aludida señora " Los clientes nuestros han preferido en estas líneas tan específicas a nivel veterinario, no entrar en lo que se denomina guerra de precios y desde que Gabrica comenzó la distribución de estos productos, los clientes mismos solicitan los precios sugeridos y de hecho se sienten más cómodos con esta situación". Podría decirnos señor Porras que puede decir usted al respecto? "

"RESPUESTA: No, nosotros no las solicitamos. Es que hay dos tipos de mercado en la veterinaria el negocio de mayoristas como es el caso de nosotros, que tenemos almacenes para venderle al público productos y el negocio de consultorios veterinarios que venden productos donde se da servicio y asesoría profesional. Entonces obviamente los precios en estos dos canales de distribución son diferenciales porque tienen unos costos diferentes también. Nosotros como Silveragro manejamos seis almacenes de venta de productos veterinarios donde el cliente va y pide lo que él quiera, tipo supermercados agropecuarios y montamos uno especializado en mascotas donde se maneja con dos veterinarias de planta servicios de clínica y consultorios y venta de productos para solo mascotas. En este negocio hay mucha asesoría del profesional porque la venta es una venta dirigida y los productos se venden bajo prescripción o recomendación del veterinario. En estos negocios generalmente la lista de precios sirve de referencia porque en sí los productos que se venden son un elemento del paquete de servicios que da el profesional y en el caso concreto de Gabrica ellos venden unos productos que son muy especializados, son comidas para mascotas generalmente medicadas que no se tienen en el caso de Silveragro en inventario de los demás almacenes. En los demás almacenes la gente entra y escoge de la góndola o estantería su producto que va a llevar, y en estos almacenes no hay sino una simple asesoría comercial más no profesional. Quiero hacer una aclaración en cuanto las lista de precios en los negocios de veterinarias o puntos de veterinaria. En un negocio tan sui generis que me atrevería a decir que las listas de precios no las utiliza nadie, porque los productos viene con un precio sugerido al público que está muy lejos del precio menor que paga el consumidor".

"(...).

"PREGUNTA 19: Del margen sugerido por Gabrica qué porcentaje cree usted que va destinado a sufragar los gastos de inversión en que incurre Silveragro para la debida prestación del servicio que acompaña los productos de Gabrica? "

"RESPUESTA: Es difícil de determinar, por nosotros vender una mezcla de productos, pero no tendría claro el porcentaje pero sería un margen alto que se destina al funcionamiento del sitio especializado". (subrayado nuestro)

- En mismo sentido aparece lo expresado por el señor German Guillermo Florez Villegas, gerente administrativo de CEBA, así:

"PREGUNTA 11: Está de acuerdo con que ese margen de utilidad puede variar de una empresa a otra? "

RESPUESTA: Yo creo que nuestra empresa tiene un control de costos muy estricto, y tenemos la facilidad de combinar actividades adicionales como ganadería, porcicultura y avicultura. Lo que nos permite una sinergia en los costos. En los casos de consultorios veterinarios, esta situación de costos es mucho mayor, porque tiene que soportar una actividad única dentro de un negocio.

"(...).

"PREGUNTA 21: En relación con la respuesta anterior, cree usted que un manejo adecuado manejo de las líneas de productos de Gabrica en su competencia, varía fundamentalmente ese 15% o en cada empresa ese porcentaje tiene variaciones significativas? "

"RESPUESTA: Nosotros realizamos estudios de costos de forma permanente, en lo que se refiere a la venta de productos Hill's hemos llegado a la conclusión de que reducir costos conllevaría una desmejora en la calidad de formulación que requieren los productos. Por otra parte, consideramos que estamos en el límite aceptable de los costos. Y se está ejecutando la labor de una forma eficiente. Yo considero que en otros establecimientos de menor tamaño ese costo es mucho mayor, porque no pueden desarrollar actividades paralelas al negocio que participen en los costos. Adicionalmente es importante señalar que se requiere para la venta un veterinario especialista en pequeños animales para la venta del producto y que este debe ser o debe tener un sueldo de acuerdo a sus estudios" (subrayado nuestro)

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

3 Autorización, ejecución o tolerancia del acto anticompetitivo.

Según el contenido del número 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones 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, hasta por trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (300 s.m.l.m.v) en el momento de la imposición de la multa, a favor del Tesoro Nacional.

En este punto es necesario definir los verbos rectores de la conducta que se proscribe, así:

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por autorizar, "*dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa*",⁴⁰ así mismo, el término ejecutar es definido como "*poner por obra una cosa*",⁴¹ en tanto que el verbo tolerar aparece definido como: "*disimular algunas cosas que no son lícitas, sin consentirlas expresamente*".⁴²

Así pues, respecto del representante legal investigado, es necesario establecer si el mismo incurrió en alguna de las conductas que atrás se mencionan, con el fin de determinar si tienen algún grado de responsabilidad, veamos:

Respecto de la representante legal de la sociedad Gabrica S.A. antes Gabrica Ltda., se encontró que ejercían la representación legal al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de la denuncia, tal y como obra a folios 170 a 173 del cuaderno principal del expediente. Por tanto y teniendo en cuenta que dentro de sus funciones estaba el manejo de procedimientos y procesos de la empresa, así como de su política comercial se desprende que al haberse presentado las conductas investigadas, habría ejecutado, permitido o cuando menos tolerado el comportamiento que dio lugar a la infracción de los numerales 2º y 3º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

4 Monto de la Sanción

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer a las empresas infractoras de las normas sobre libre competencia, sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción.

Ahora bien, para el caso concreto es preciso tener en cuenta que las conductas objeto de estudio, fueron ejecutadas y desarrolladas por GABRICA al haber realizado actos de influenciación sobre Concentrados del Norte, para que incrementara los precios de venta de los productos por ella suministrados, pretendiendo que fueran iguales a los establecidos en las listas de precios entregadas por la empresa en mención, y que eran acogidos por los demás distribuidores. Así mismo, se estableció que GABRICA ante la renuencia de Concentrados del Norte de incrementar los precios de venta al público, decidió negarse a seguirle despachando sus productos.

Del mismo modo, debe observarse que la conducta desplegada venía ejecutándose desde tiempo atrás por la empresa investigada, y que la misma confluía en una paridad de precios en sus productos por parte de sus más de 600 clientes.

⁴⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Décimo Octava Edición, página 147.

⁴¹ *Ibidem*, página 509.

⁴² *Ibidem*, 1269.

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a Gabrica S.A. antes Gabrica Ltda., una multa que guarde relación con el comportamiento realizado y su efecto en el mercado, de la siguiente manera:

Investigado	Sanción
Gabrica	\$ 76.611.644.00
Mónica Alhach Salom	\$ 13.519.701.00

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 28 de Marzo de 2003 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la sociedad Gabrica S.A. antes Gabrica Ltda., es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, y los numerales 2° y 3° del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar probada la responsabilidad personal de la señora Mónica Alhach Salom, según lo tipificado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de setenta y seis millones seiscientos once mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 76.611.644,00) moneda legal, a la sociedad Gabrica S.A., antes Gabrica Ltda.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de trece millones quinientos diez y nueve mil setecientos un pesos (\$ 13.519.701,00) moneda legal, a la señora Mónica Alhach Salom.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 código rentístico 5005 o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora MARCELA CASTRO PINEDA apoderada de GABRICA S.A. y a la Doctora SANDRA MILENA RODRIGUEZ SARMIENTO, apoderada de Mónica Alhach Salom, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente

Por la cual se impone una sanción y se prohíbe el ejercicio de una conducta

de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D. C., a los. **28 MAR. 2003**

La Superintendente de Industria y Comercio,


MONICA MURCIA PAEZ

Notificaciones:

Doctora
SANDRA MILENA RODRIGUEZ SARMIENTO
C. C. No 51.959.139 de Bogotá
Apoderada
MONICA ALHACH SALOM
Calle 94A No. 11A - 39 Ofc. 401
Ciudad

Doctora
MARCELA CASTRO PINEDA
C. C. No 52.249.168 de Bogotá
Apoderada
GABRICA S.A.
Carrera 7 No 71 - 52 Oficina 1502 Torre B
Ciudad