

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 40912 DE  
2012 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y  
COMERCIO**

*Caso FEDEGAN  
Discriminación Vertical*

**Investigados:  
FEDERACIÓN NACIONAL DE GANADEROS –FEDEGAN,  
JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., junio de 2020**

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN .....	3
2.	AVERIGUACIÓN PRELIMINAR .....	4
3.	CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA .....	4
4.	CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.....	8
4.	DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA .....	28
5.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC .....	30

# RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 40912 DE 2012 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

## *Caso FEDEGAN*

### *Discriminación Vertical*

**Investigados:**  
**FEDERACIÓN NACIONAL DE GANADEROS –FEDEGAN,**  
**JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA**

## **1. Introducción**

Que la Resolución de Apertura de Investigación<sup>4</sup> fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, de manera general en los siguientes términos:

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

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

Otra de las conductas considerada posiblemente anticompetitiva por el Delegado en el auto de apertura, se basó en la supuesta venta de la vacuna al ganadero, bajo la condición de que se utilizara la infraestructura establecida por FEDEGAN para la aplicación de la misma, estructurando una imposición de obligaciones adicionales al negocio. De acuerdo con el acto administrativo, el precio de la vacuna ya tiene incluido el valor de la aplicación

y no es posible que el ganadero escoja el proveedor y si la vacuna la aplica FEDEGAN a través del programa o Él directamente.

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

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

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

## **2. Conductas imputadas**

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

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA, representante legal de la entidad investigada, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

## **3. Consideraciones de la Delegatura**

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

Lo anterior, como base de la descripción del mercado relevante sobre el cual se estructura la conducta endilgada que conforme al Informe en cuestión se limita al de *"la compra de la vacuna antiaftosa producida con las cepas de virus A24 Cruzeiro y 01 Campos formulada en coadyuvante oleoso en todo el territorio nacional a excepción de los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó, las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia. La vacuna no tiene productos sustitutos debido a que es el único producto en el mercado capaz de prevenir la enfermedad producida por el virus de la Fiebre Aftosa con sus mismas características y precios"*.

Se consideró además, que existen tres tipos de barreras de entrada en el mercado específico. Existe en primera medida, una barrera legal representada en las norma que regulan el Programa Anti Aftosa ya que la comercialización de la vacuna sólo puede estar a cargo de las OGGs o Comités autorizados. Igualmente, se presenta una barrera estructural ya que, según el Informe presentado, cualquier agente que quisiera entrar al mercado de compra de vacuna antiaftosa, tendría que invertir y obtener una reputación semejante a la de FEDEGAN a nivel nacional y en particular entre los ganaderos. Por último, se menciona una barrera estratégica o de conducta relacionada con el comportamiento estratégico de FEDEGAN, que se deriva de su condición de gremio que le permite impedir o dificultar la entrada de un competidor ya que cuenta con acceso a información de relevancia para el funcionamiento del mercado y con la capacidad para incidir en la toma de decisiones.

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

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

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

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

existen razones justificadas en que la cantidad de dosis de vacuna ofertada por VECOL superó a la ofertada por LIMOR.

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

Frente a la venta atada, conforme al análisis realizado en el Informe Motivado, existe un producto vinculante, la vacuna, y un servicio vinculado, la aplicación de la misma. Los costos de aplicación de la vacuna debe ser asumidos por ley por el Fondo Nacional del Ganado - FNG, administrado por FEDEGAN. Parte de los recursos correspondientes al precio de venta cobrado a los ganaderos, es regresado al Fondo Nacional del Ganado FNG, como reembolso de los costos de vacunación. Sin embargo, no existe evidencia de que los ganaderos se vean obligados a contratar la aplicación con el objetivo de obtener la vacuna.

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

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

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

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

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

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

Respecto de la contravención de la cláusula general, señaló la Delegatura que el resultado de la investigación adelantada confirma que FEDEGAN implementó un esquema contrario a la libre competencia, pues bajo el mismo los laboratorios no pueden competir en precios y la investigada impone las cantidades y los lugares donde los **laboratorios deben entregar la vacuna, sin criterios objetivos para ello. Adicionalmente, FEDEGAN impone otras condiciones restrictivas sin fundamento técnico o legal que las justifique, tales como la exigencia de que la vacuna sea un producto 100% colombiano. Estos condicionamientos impuestos, de acuerdo con lo expuesto en el Informe Motivado, por FEDEGAN de forma unilateral resultan irrazonables y restrictivos de la competencia.**

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

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

Conforme a la posición de la DELEGATURA, en el material probatorio recaudado así como en el transcurso de la investigación, el señor Lafaurie se mostró renuente a la compra de la vacuna formulada con antígeno importado por un supuesto riesgo para la ganadería colombiana, desconociendo con ello los estudios realizados, la autorización otorgada por el ICA<sup>12</sup> y los lineamientos fijados por la Comisión Nacional para la Erradicación contra la Fiebre Aftosa. Por lo tanto, conocía que la importación por parte de LAVERLAM, del

antígeno para la formulación de vacuna antiaftosa en Colombia, se encontraba aprobada por el ICA y aún así se negó a contratar con dicho laboratorio. Sin embargo, esto no resulta suficiente para concluir que haya autorizado y tolerado la implementación del esquema de contratación tendiente a limitar la libre competencia que utiliza FEDEGAN en sus relaciones comerciales con los laboratorios productores de la vacuna antiaftosa.

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

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

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

#### **4. Consideraciones de la Superintendencia**

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Despacho se aparta de la definición de mercado relevante de producto realizada por la DELEGATURA en el Informe Motivado, en la cual se afirma que dicho mercado es el de la compra de vacuna anti-aftosa producida con las cepas de virus A24 Cruzeiro y 01 Campos y formulada en coadyuvante oleoso.

Sobre este punto, para este Despacho es claro que un mercado se define como *"un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio en particular. Los compradores son el grupo que determina la demanda que habrá por el producto y los vendedores son el grupo*



*que determina la oferta de dicho producto*<sup>60</sup>. En esa medida, no es posible definir un mercado solamente como la compra o venta de un producto, tal y como lo hizo la DELEGATURA al determinar el mercado relevante como la compra de la vacuna anti-aftosa. Considera el Despacho, en el marco del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, que en el presente caso existen dos mercados relevantes de producto que corresponden a:

(i) El mercado de producción de vacuna anti-aftosa, donde los laboratorios producen y ofrecen la vacuna y FEDEGAN la demanda.

(ii) El mercado de comercialización de la vacuna a los ganaderos, entendido como la distribución y aplicación de la misma donde FEDEGAN y las OGG ofrecen la vacuna y su aplicación y los ganaderos la demandan.

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

Este Despacho considera que, para los dos mercados de producto definidos, el mercado geográfico corresponde a todo el territorio nacional excepto los departamentos de San Andrés y Providencia, Chocó, las áreas de Urabá y Occidente de Antioquia, por ser consideradas libres de Fiebre Aftosa sin vacunación.

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

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

En cuanto a las barreras legales y estructurales presentes en los mercados definidos es importante señalar que la estructura y funcionamiento del Programa para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, se constituye en una barrera a la entrada a los mercados definidos por las siguientes razones:

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

ganaderos, cualquier agente que quiera adquirir la vacuna a los laboratorios deberá distribuirla obligatoriamente a través de las organizaciones autorizadas y no podrá hacerlo directamente a los ganaderos.

Bajo este escenario el nuevo comprador tendría que competir con FEDEGAN en el mercado de comercialización de la vacuna, y si se tiene en cuenta que éste último es el gremio al que se adscriben las OGG, es de esperarse que éstas prefieran distribuir la vacuna que pertenece al gremio y no a un nuevo entrante<sup>61</sup>, lo cual se constituye en una barrera a la entrada de un nuevo comprador.

- Ahora bien, al considerar la posibilidad de que sean las organizaciones autorizadas por el ICA para ejecutar los ciclos de vacunación quienes la adquieran directamente a los laboratorios y se conviertan en competidores de FEDEGAN, vale la pena señalar que se ha observado que dicha práctica no ocurre debido principalmente a las eficiencias que se generan cuando un ente organiza, consolida y unifica las labores que antes realizaban las OGG. En efecto, fue debido a los inconvenientes que enfrentó el Programa cuando, entre otras circunstancias, algunas de las OGG no realizaban el pago de la vacuna a VECOL, laboratorio que facilitaba el biológico a crédito, que se recurrió a FEDEGAN como el ente encargado para efectuar las labores que antes realizaban las OGG.

- En el mercado de comercialización de la vacuna, el hecho de que la normatividad establezca que su comercialización (distribución y aplicación), puede ser realizada exclusivamente por las OGG y las organizaciones del sector autorizadas por el ICA y que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, o FEDEGAN Fondo Nacional del Ganado - en las zonas donde éstas no existan<sup>62</sup>, crea una barrera a la entrada de un nuevo competidor que quiera comercializar la vacuna ya que, deberá constituirse como una OGG y cumplir con las exigencias determinadas por la ley.

- Adicionalmente, como se indicó en el Informe Motivado, el nuevo entrante tendría que asumir la financiación de la campaña de vacunación u obtener la administración del FNG o en su defecto entablar una relación comercial con FEDEGAN, en calidad de administrador del FNG, que le permita acceder a estos recursos, con el objeto de financiar las campañas de vacunación.

- La calidad de miembro de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa<sup>63</sup> que ostenta FEDEGAN, le proporciona una importante ventaja en términos de acceso a información de relevancia para el funcionamiento del Programa Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, así como la capacidad para incidir en la toma de decisiones. Por lo tanto; esta ventaja de información incrementa su capacidad para comportarse de forma estratégica e impedir o dificultar aún más la entrada de un competidor.

Como bien se indicó en el Informe Motivado *"Un agente económico tiene posición dominante cuando tiene la habilidad de determinar precios y excluir a actuales o potenciales participantes del mercado"*. Para determinar la posición de dominio en un mercado relevante determinado se deben analizar: la estructura de competencia en el mercado, lo

cual incluye un análisis de cuotas' de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada y otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado.

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

Al analizar las características de la demanda, se observa que en la práctica **FEDEGAN es** el único comprador de la vacuna; en efecto, de acuerdo con los datos aportados al expediente y los testimonios recogidos durante el trámite de la investigación<sup>66</sup>, el **100% de** las vacunas vendidas por los laboratorios son adquiridas por FEDEGAN.

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

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

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

Se recuerda que, si bien las OGG y otras organizaciones del sector pueden comprar directamente la vacuna a los laboratorios, lo que las constituye en potenciales compradores, fue precisamente por las fallas que surgieron bajo ese esquema que FEDEGAN se constituyó en el ente que organiza, consolida y unifica las labores que antes realizaban las OGG. Lo anterior afecta la probabilidad de que dichas organizaciones entren a este mercado como compradores y limiten el comportamiento de FEDEGAN. En consecuencia, el incluir la competencia potencial proveniente de las OGG y otras

organizaciones del sector no cambia la conclusión sobre la posición dominante de FEDEGAN en el mercado de producción de la vacuna anti-aftosa a la que llegó este Despacho.

Ahora bien, en lo que se refiere al mercado de comercialización de la vacuna, se desprende de la descripción realizada del Programa Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, que FEDEGAN se convierte en monopolista al ser el único agente encargado de las labores de coordinación de la distribución de la vacuna a las OGG y demás organizaciones autorizadas y a su vez de contratar, a través de COOHORIZONTE, la aplicación de la misma. No obstante lo anterior, como ya se señaló, para determinar la posición de dominio no basta con calcular las cuotas de participación en el mercado y los niveles de concentración, se deben analizar también las características de la demanda, los competidores, las barreras a la entrada, entre otros factores que le permitan a la empresa actuar independientemente en el mercado.

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

En cuanto a las condiciones del mercado, el Despacho encontró que los valores de la contraprestación que reciben las organizaciones ejecutoras son determinados unilateralmente por FEDEGAN, así como el precio de venta de la vacuna al ganadero<sup>68</sup>. Los valores de la contraprestación dependen del periodo transcurrido entre la fecha de emisión del despacho y la fecha en que se realiza el pago, de esta forma, entre más pronto pague la OGG mayor es el valor de la contraprestación que recibe.

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

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

De la información obrante en el expediente se desprende que la inversión que debe realizar un nuevo entrante es significativa toda vez que para producir la vacuna antiatoca en Colombia los laboratorios deben contar con plantas bajo el Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A) para la manipulación del virus de la fiebre aftosa<sup>70</sup>. De hecho, de acuerdo con la respuesta al requerimiento de información realizado por la DELEGATURA al laboratorio LIMOR, el monto de inversión en el laboratorio para cumplir con el NSB3A fue de \$16.644.939.668. Por su parte, según el Acta de Junta Directiva No. 488 del laboratorio VECOL, la inversión ejecutada en la fase I de la nueva planta de vacuna

anti-aftosa ascendió a \$17.613.083.000.

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

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

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

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

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

(i) El mercado de producción de vacuna anti-aftosa en el cual es el único comprador y ha determinado algunas condiciones del mercado y donde la presencia de barreras a la entrada le permiten reforzar su posición.

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

Frente a la Discriminación, la conducta acusada está establecida en el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, según el cual se considera un abuso de posición dominante el aplicar "*condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que*

*coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas."*

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

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

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

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

Debe además tenerse en cuenta para efectos del presente caso, que la norma Colombiana no hace distinción entre la discriminación ejercida sobre consumidores y aquella que se aplica frente a proveedores. Es decir, es posible que un comprador en un mercado monopsónico discrimine "aguas arriba" a quienes le ofrecen, proveen o distribuyen el producto sobre el cual se ejerce dicha posición, tal como también se ha reconocido por autoridades internacionales\*<sup>6</sup> Por lo tanto, es claro que una agente con posición de dominio, ya sea del lado de la compra o de la venta, tiene a su cargo responsabilidades especiales sobre el funcionamiento del mercado y la forma como interactúa con los demás agentes que participan en el mismo.

a) Sobre la equivalencia de las operaciones.

El eje central de la discusión, se refiere a si en el presente caso existen operaciones

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

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

En el mercado específico y como ha sido descrito por la Delegatura en su Informe, en Colombia existen tres (3) laboratorios que tradicionalmente han producido la vacuna antiaftosa. Se trata de VECOL S.A., LIMOR S.A. y LAVERLAM S. VECOL produce la vacuna AFTOGAN 2ML,<sup>77</sup> LIMOR produce vacuna AFTOLIMOR y AFTOSA MK<sup>78</sup> y LAVERLAM produce la vacuna AFTOVAC AP<sup>79</sup>. Todas son vacunas oleosas inyectables, en dosis de 2ml que contienen los virus A24 Cruzeiro y 01 Campos con coadyuvante oleosos.

A pesar de lo anterior, en la actualidad sólo VECOL y LIMOR cuentan con el Nivel de Seguridad Biológica 3 Agricultura (NSB3A) y con autorización del ICA para producir la vacuna y manipular el antígeno. LAVERLAM por su parte, importa desde el laboratorio BIOGÉNESIS ? BAGÓ en Argentina los antígenos inactivados para la formulación de la vacuna en Colombia, previa verificación y autorización del ICA para la importación del antígeno inactivado. Para efectos de la manipulación del antígeno inactivado y la formulación de la vacuna a partir del mismo, no es necesario contar con el NSB3A.

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

Independientemente de las características, diferencias o similitudes entre las ofertas de los laboratorios, de manera *ex ante* a la presentación de las mismas, éstos se encontraban en una situación de equivalencia frente a comprador dominante. Es por lo anterior, que se extrae esta Entidad de realizar un recorrido sobre los diferentes argumentos de las partes involucradas relacionados con la existencia o no de condiciones análogas en las ofertas. Pues el mismo resulta superfluo cuando la esencia de la comparación a realizar no requiere evaluar cómo actuaron los agentes, sino el hecho de estar presentes o por lo menos tener las condiciones para estar presentes en el mercado de la producción y venta de vacunas.

Contrario a lo que expone el Apoderado de FEDEGAN y como ya se expuso, no es posible señalar la inexistencia de condiciones análogas bajo un análisis de los precios, descuentos,

plazos y cantidades ofrecidas ya que como se verá a continuación la acción de la investigada habría bloqueado de entrada la posibilidad de LAVERLAM de ofertar.

b) Sobre la aplicación de condiciones discriminatorias por parte de FEDEGAN

Ahora bien, partiendo de lo expresado en el literal anterior y entendiendo que los laboratorios se encontraban en una condición de equivalencia como participantes del mercado específico, se procederá a establecer si existió una discriminación por parte de la investigada en contra de la sociedad LAVERLAM. Al respecto, debe reiterarse que la acción de discriminar conlleva a una exclusión ausente de razones objetivas. En el presente caso, FEDEGAN tomó la decisión de dejar de comprar las vacunas ofrecidas por la quejosa por el hecho de contener una cepa importada de un laboratorio en Argentina. Por esta razón, la cuestión a resolver es si dicha exclusión estuvo justificada o simplemente se trató de la extralimitación de las posibilidades para determinar un mercado que ejerce un agente dominante.

Se determinó que la investigada decidió no comprar las vacunas de LAVERLAM en razón al origen del antígeno a partir del cual se producían.

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

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con los demás laboratorios, en especial de Limor, dado que en su



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

Respecto a la obstrucción, señaló que ésta se encuentra establecida en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en virtud de la cual se considera anticompetitivo *"obstruir o impedir a terceros, el acceso al mercado o a los canales de comercialización."*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para este Despacho, es fundamental subdividir este tema en dos bloques. Por una parte, la existencia de una obstrucción ejercida frente a LAVERLAM y por la otra, la obstrucción

ejercida en contra de LIMOR. Esto teniendo en cuenta que las circunstancias de hecho que rodean una y otra situación son diferentes.

a) Obstrucción ejercida en contra de LAVERLAM

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

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

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

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

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

No desconoce por lo tanto esta Superintendencia que la regulación existente en lo que al programa de erradicación se refiere, permite que las organizaciones ganaderas compren la vacuna de manera directa a los laboratorios; sin embargo, es función de esta Entidad

interpretar los mercados de la forma como se desarrollan y moldean en la realidad. En el presente caso, está demostrado en el expediente que a pesar de la posibilidad anotada, lo que ocurre en la práctica es que las organizaciones ganaderas ceden su capacidad de negociación y compra para que sea su agremiación quien las ejerza. Por lo tanto, a pesar de la viabilidad regulatoria de multiplicidad de compradores, el mercado de venta de vacunas cuenta con sólo un demandante efectivo en este momento.

Así, al convertirse FEDEGAN en la "bocatoma" del sistema, una política discriminatoria como la aquí tratada obstruye el acceso al mercado pues las opciones de venta directa a las organizaciones ganaderas son escasas o nulas sin su intervención como ente que las agremia. No se trata por lo tanto de limitarse a invitar a los diferentes oferentes a que presenten sus ofertas, cuando simultáneamente se impide en los términos del proceso que en dichas ofertas se incluya producto con antígeno importado. Para esta Entidad, no es un cambio en la política implementada, el haber realizado una invitación el 26 de marzo de 2010 a la empresa LAVERLAM, en los siguientes términos:

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

La anterior comunicación no puede ser considerada como una decisión de permitir a LAVERLAM participar en las ofertas para la venta de vacuna, cuando son los mismos términos de referencia los que establecen que FEDEGAN "(...) *se abstendrá de comprar vacuna a laboratorios que aunque utilicen Cepas homólogas a las existentes en el país, manipulen también cepas exóticas para el país*". En otras palabras, no tiene razón de ser invitar a un laboratorio que como LAVERLAM sólo vende vacunas con antígenos importados, cuando en los mismos requisitos técnicos se restringe la oferta de su producto.

#### b) Obstrucción ejercida en contra de LIMOR

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

En este punto se acoge parcialmente la posición del Apoderado de la investigada cuando

advierte que *"el empresario no tiene porqué explicarlas razones por las cuales prefiere un producto que cumpla ciertos requisitos o los motivos por los que prefiere un proveedor sobre otro."* En efecto, no es posible intervenir en la elección de compra de un agente en el mercado; sin embargo, cuando dicho comprador ejerce como monopsonista y aplica condiciones discriminatorias se configura una infracción al régimen de competencia. Ahora, si como ocurre en el caso de LIMOR, las condiciones de compra fueron aplicadas de manera transversal y objetiva entre los oferentes, no es posible hablar de una obstrucción en los términos de la infracción estudiada.

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

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

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

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

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

c) Respecto al interés económico de la conducta

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

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

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

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

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

No obstante lo anterior, para determinar si la vacuna y su aplicación corresponden a dos mercados distintos, el Despacho considera que es necesario analizar las características de las demandas tanto de la vacuna como de la aplicación para poder concluir si en efecto existen mercados separados para los mismos.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, no comparte el Despacho la afirmación que hace el Apoderado de LAVERLAM respecto de la justificación de la conducta anticompetitiva de FEDEGAN ya que, como se

demonstró, la conducta de venta atada no se puede configurar en ausencia de un producto vinculante y un producto vinculado como ocurre en el presente caso.

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

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

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

*"ARTICULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307 de 1963, Art. 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".*

La norma, contrario a la posición del Apoderado de la investigada, reprocha tres tipos de conductas. En primer lugar, prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. En segundo lugar, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y<sup>104</sup> aquellas prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

n relación con la primera parte del artículo, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los producto o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio<sup>105</sup> que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un consecuente incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por él mismo restrictivo.



Frente al segundo supuesto, doctrina de esta Superintendencia, anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 y del Decreto 2153 de 1992, había considerado que la segunda prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se ha de interpretar teniendo en cuenta que para que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término y de manera simultánea, debe mantener o determinar precios inequitativos. En ese sentido se resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas<sup>106</sup> y se manifestó la jurisprudencia contenciosa administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959.

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

(i) *"Los acuerdos "que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros".*

(ii) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitarla libre competencia"*

(iii) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a" "mantener o determinar precios inequitativos"*

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

- la estructuración de prácticas y procedimientos o sistemas

- tendientes a limitar la libre competencia

Acudiendo al sentido literal y obvio<sup>108</sup> del verbo "tender" debe entenderse el mismo como *"Propender, referirse a algún fin"*<sup>109</sup>. Así, la supuesta conducta acusada debe estar direccionada a la afectación de la libre competencia. A continuación, se analizará si con la discriminación aplicada en contra de la empresa LAVERLAM y/o con la estructura de comercialización implementada, se realizó una práctica tendiente a limitar la libre competencia.

#### b) Frente a la imposición de requerimientos técnicos

De conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, son considerados como propósitos de las actuaciones administrativas de protección de la competencia, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la

eficiencia económica. Es así como, el libre acceso a los mercados resulta ser una de las garantías que debe proteger una autoridad de competencia. Por lo tanto, al crearse por parte de un agente dominante barreras de entrada artificiales e injustificadas que llevan a una obstrucción, es una consecuencia lógica que se presente una limitación a la libre competencia.

Se comparten plenamente las consideraciones de la DELEGATURA cuando manifiesta que. "Tales condicionamientos y apreciaciones son manifiestamente contrarios a la autorización de importación del antígeno otorgada por el ICA<sup>110</sup> a LAVERLAM y con el hecho de que este laboratorio al igual que LIMOR y VECOL, cumple con todos los requerimientos establecidos en las normas nacionales e internacionales para la producción de vacuna contra la fiebre aftosa<sup>111</sup>. Tal como ya ha sido establecido en este Informe, la autorización de importación del antígeno inactivado A24 Cruzeiro, O1 Campos desde la empresa BIOGENESIS - BAGO, fue otorgada mediante comunicación del ICA de fecha 1 de noviembre de 2006 dirigida al señor Luis A. Mazariegos, representante legal de LAVERLAM (.)

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

#### c) Sobre el esquema implementado por la investigada

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

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

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

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

desequilibrio en las relaciones económicas.

Ahora bien, si en el ejercicio de este derecho, entre otros, se crean de manera ilícita condiciones que afectan o pueden afectar la transparencia necesaria para el correcto funcionamiento del mercado o se busca la exclusión de un tercero, es claro que la autoridad de competencia tiene el deber de investigar y eventualmente sancionar a quienes de una u otra forma buscan la generación de condiciones artificiales para su beneficio. Sin embargo, si como en el presente caso quien debe tomar las decisiones de compra es un agente con posición dominante en el mercado específico, no es dicha posición la que *per se* genera la función intervencionista de la autoridad, a menos que exista otro tipo de intervención como lo es la regulación directa por parte de autoridades encargadas para el efecto.

Como se ha sostenido en esta decisión, las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia."

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

En segunda medida, no se considera demostrada en el expediente la aplicación de un tratamiento no objetivo en cuanto a la forma como se compran las vacunas, a excepción como ya se ha dicho de la discriminación frente al origen del antígeno en el caso de LAVERLAM. Tampoco se observa que en los elementos probatorios expuestos por la DELEGATURA y el quejoso, la suficiencia necesaria para concluir que las condiciones de compra impuestas por FEDEGAN hayan sido aplicadas de manera no objetiva.

Además, la conclusión del Informe Motivado se limita a señalar que por el hecho de imponer de manera unilateral a través de Circulares y de Términos de Referencia, todas las condiciones comerciales de compra de la vacuna a los laboratorios, incluyendo cantidades, descuentos, lugar de entrega, bonificaciones y plazos de pago, se establece un sistema no transparente de compra, que no le permita a los participantes competir por el

mercado en igualdad de condiciones. Con la anterior conclusión se estaría confundiendo supuesto abuso de posición de dominio en el mercado con el ejercicio de la posición de dominio contractual, sobre la cual no versa la presente investigación.

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

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

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

## 5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

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

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Imponer una sanción pecuniaria a la **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-** por la suma de **TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MCT. (\$300.000.000.00).** **FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN-** con Nit: 860008068-7

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** *Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor JAIRO RUBIO ESCOBAR, apoderado la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS -FEDEGAN- y de su representante legal el señor JOSÉ FELIX LAFAURIE RIVERA, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.*

**ARTÍCULO OCTAVO:** *Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA, apoderado la sociedad LAVERLAM S.A., reconocida como tercero interesado, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación."*

## **6. Análisis y conclusiones**

El Despacho concluyó que la estructura del Programa *"se convierte en una barrera a la entrada difícil de superar por parte de otros posibles o potenciales entrantes que incide directamente en la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada (,,).*

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

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

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

Respecto a la discriminación estableció la Entidad que no necesariamente todo trato desigual conlleva discriminación:

*"Para que exista un acto discriminatorio no basta con que se conceda un tratamiento diferente, pues se requiere además, que esa diferencia en el trato esté desprovista de justificaciones razonables. Luego, la base de la discriminación no estriba en la concesión de tratamientos desiguales sino en la ausencia de motivos valederos para ello. De modo que, toda discriminación,' presupone un trato desigual, pero no todo trato diferencial conlleva una discriminación; el punto determinante ha de buscarse en el por qué se actúa de una*

*manera frente a una persona y de otro distinta, frente a otra, tratando de establecer si una y otra se encuentran en planos de equivalencia".*

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

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

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

*Indicó adicionalmente que "En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: "i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad". Los requisitos dos y cinco de la anterior enumeración refieren a la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención."*