

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 8231 DE
2001 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

***Caso Casa Luker
Influenciación de precios***

**Investigados:
JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. – CASA LUKER S.A., DIEGO VELEZ MONTES,
WILLIAM MANUEL OSPINA ZUÑIGA y ÁNGELA MARÍA MUÑOZ JARAMILLO.**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	AVERIGUACIÓN PRELIMINAR	3
3.	CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
4.	CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA.....	4
4.	DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	8
5.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	9

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 8231 DE 2001 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso Casa Luker

Influenciación de precios

Investigados:

JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. - CASA LUKER S.A., DIEGO VELEZ MONTES, WILLIAM MANUEL OSPINA ZUÑIGA y ÁNGELA MARÍA MUÑOZ JARAMILLO.

1. Introducción

Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, mediante resolución 2212 de 2000 el Jefe de División de la Promoción de la Competencia, facultado para ello, abrió una investigación por prácticas comerciales restrictivas.

2. Conductas imputadas

Casa Luker S.A. es la empresa encargada de la producción y distribución de aceite Gourmet. Mediante comunicación del 21 de agosto de 1998 y 1 de septiembre de 1998 Casa Luker informa a Makro de Colombia S.A. que participará en el makro mail n 18, otorgándoles un 7% de descuento que no podrá hacerse transferible al público.

Con lo anterior se estaría violando presuntamente las normas de competencia influenciando a Makro para que incrementen los precios o desistan en su intención de rebajarlos, en contravención de lo señalado en el numero 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

Como resultado del ejercicio de la representación legal, se infirió que Diego Vélez Montes como persona que ostenta dicha calidad en la empresa involucra en los actos contrarios a la libre competencia, así como William Ospina y Ángela María Muñoz, como personas naturales, autorizaron, ejecutaron o por lo menos toleraron dichas conductas.

3. Consideraciones de la Delegatura

La Superintendencia recomienda la imposición de una sanción al concluir en el aparte

correspondiente a Conclusiones y Recomendaciones que se encuentran probados los elementos constitutivos de la conducta es decir la influencia de Casa Luker para que otra empresa desistiera de su intención de rebajar el precio de un producto.

Prosigue la Superintendencia diciendo: Normas presuntamente infringidas: Según el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992 se considera como acto contrario a la libre competencia el hecho de influenciar a una empresa para que desista de su intención de rebajar los precios.

La Superintendencia investigó si Casa Luker influenció a la sociedad Makro de Colombia S.A. – Bogotá – para que desistiera de rebajar el precio de venta del producto ‘aceite gourmet x 500c.c.’ en un porcentaje de descuento del siete (7) por ciento o por debajo del costo del mismo. Así mismo, se investiga si el representante legal Diego Velez Montes, el director nacional de autoservicios William Ospina y la ejecutiva de ventas Ángela María Muñoz Jaramillo autorizaron, ejecutaron o toleraron dicha conducta.

4. Consideraciones de la Superintendencia

En el proceso se encuentra demostrado que no existió la influencia sobre Makro alegada por la SIC – La influencia no existió por expresa declaración de Makro de Colombia S.A.

Y se encuentra demostrado porque es la misma sociedad Makro de Colombia quien lo manifiesta por conducto de la persona a quien iba dirigida la comunicación de Casa Luker.

Debe destacarse, que esta persona, Elvia Patricia Gutiérrez, previamente manifiesta lo que ella entiende como uso normal de la palabra influenciar. Dice Gutiérrez en su respuesta a la pregunta 23: ‘para mi presionar es más fuerte que influenciar. Para mi es casi lo mismo pero presionar suena más fuerte. Por ejemplo, si alguien piensa hacer una cosa, hacer que ella piense de otra forma, influenciar es eso y presionar es hacer que piense de otra forma pero más fuerte.

En la pregunta 24 se le cuestiona a Elvia Patricia Gutiérrez; Considera usted que Casa Luker ejerció alguna influencia con el contenido de estas cartas sobre la Sociedad Makro de Colombia? A lo que el testigo responde No porque al final quien pone el precio es Makro no Casa Luker o sea ellos pueden decir que el descuento no es transferible pero al final nosotros ponemos el precio ellos no influyen a que precio yo debo marcar.

El objeto de la influencia: desistir de su intención de rebajar precios o desistir de su intención de trasladar el descuento?

Está probado en el proceso que Makro de Colombia si rebajó los precios.

Si se entiende que la intención de Makro era rebajar precios (simplemente) es evidente y claro que la influencia no se dio.

Debemos destacar que una rebaja de precios puede consistir simplemente en la disminución del margen de utilidad de una empresa. Es decir, una rebaja de precios no consiste necesariamente en el traslado al público del descuento obtenido del productor.

Veamos:

Cuando Makro publica en el Makro Mail un producto, eso significa que el precio que va a dar a sus compradores es más bajo que el que venía aplicando.

En efecto, en la pregunta 11 del testimonio de Elvia Patricia Gutiérrez se le interroga: 'Puede usted señalar si los eventos Makro tienen como finalidad rebajar los precios de los productos ofrecidos, en comparación con los precios fijados por fuera de estos eventos?'

A la pregunta planteada el testigo responde: 'Cuando el producto no está en el Makro Mail tiene un precio de línea; cuando el producto sale en el Makro Mail, la idea es que el precio sea inferior para que al cliente se le justifique y vea que sea una oferta, es decir el precio es menor que al normal.'

Esta afirmación está igualmente sustentada en la respuesta de Elvia Patricia Gutiérrez a la pregunta 32 de su testimonio que dice:

'Cuando un producto aparece en el Makro Mail el consumidor debe deducir que ese precio es inferior al que se ofrecía en Makro en el periodo anterior?'

Respuesta: Si debe ser un mejor precio'

Pregunta 33: Mejor es más barato?

Respuesta: Si.'

En las pruebas que reposan en el expediente consta que Makro rebajó los precios del aceite Gourmet x 5000 c.c. Para tal efecto la defensa solicitó que se oficiara a esta compañía para que enviara información sobre precios de venta anteriores y posteriores al evento Makro Mail en que apareció el Aceite Gourmet x 5000 c.c.

Las facturas de venta aportadas por Makro demuestran que efectivamente hubo una rebaja en el precio al público.

Es entonces un hecho probado en el proceso que la rebaja de precios se dio por parte de Makro de Colombia S.A.

Cabe entonces preguntarse ¿en qué prueba que obre en el expediente sustentaría la Superintendencia que la intención de Makro era trasladar el descuento al público o vender por debajo de costos con el consecuente desmejoramiento de su margen?'

Está probado en el proceso que no era intención de Makro trasladar al público el descuento otorgado por Casa Luker o vender por debajo de costo.

Lo que si no está probado en el proceso por parte de la Superintendencia es que la intención de Makro fuera trasladar el descuento (parcial o totalmente) o vender por debajo de su costo.

El precio inferior aplicado en el Makro Mail no puede entonces entenderse (ni no entenderse) como sinónimo de traslado del descuento otorgado por Casa Luker.

Al no encontrarse probado en el proceso que esa rebaja de precios obedece (o no obedece) a un traslado del descuento tampoco puede entenderse probada la intención de Makro en dicho sentido.

No obstante, consideramos que existen elementos probatorios suficientes para afirmar que no era intención de Makro trasladar el descuento. Por tanto, la influencia no pudo darse sobre una intención inexistente ya que es presupuesto de la norma que la influencia verse específicamente sobre una intención del sujeto pasivo así denominado por la SIC.

Resulta fundamental, en primer lugar, la respuesta obtenida en el pregunta 34:

Decía la pregunta 34: ¿Mencionaba usted que hay ocasiones en las cuales Makro obtiene descuentos y no los transfiere al público. Puede entenderse que una de estas ocasiones es cuando Makro quiere mejorar su margen de utilidad frente a un producto concreto?

Respuesta: Nosotros cuando vamos a hacer publicaciones en Makro Mail hacemos un chequeo de precios; en la plaza, el descuento que dio Gourmet se dio a toda la plaza entonces es ese momento lo hacemos transferible, si en ese momento el descuento no está en la plaza no lo hacemos transferible en ese momento y se mejora el margen de utilidad.

Esta respuesta nos brinda los criterios base para determinar la política de Makro sobre cuando se debe o no trasladar un descuento al público: la competencia en la plaza, si los competidores están vendiendo con el descuento éste se traslada, si no es así, el descuento del proveedor sirve para mejorar el margen.

No olvidemos que Elvia Patricia Gutiérrez, es compradora de alimentos de Makro y es quien al interior de un comité de esa compañía determina el manejo de productos en el Makro Mail. Lo anterior para destacar que su testimonio (solicitado de oficio para la Superintendencia) es calificado, no es el de cualquier funcionario, es el de un empleado que maneja y conoce los efectos de este tipo de operaciones.

Primera premisa del criterio utilizado por Makro para ordenar el traslado o no del descuento: la competencia.

Quiénes eran la competencia de Makro en ese momento? La respuesta a esta pregunta está igualmente probada en el proceso.

Pregunta 30 Elvia Patricia Gutiérrez responde: En el segundo semestre del 98, en ese periodo de tiempo, que otras cadenas tiene características similares a las de Makro?

Respuesta: De pronto un poco Surtimax, Alkosto Bogotá y como cadena no más, ya lo otro es el mercado mayorista que son las plazas.

Entonces, siguiendo los criterios establecidos por Elvia Patricia Gutiérrez, ya definimos quien era la competencia: Alkosto Bogotá y Surtimax.

Segunda premisa del criterio utilizado por Makro para ordenar el traslado o no del descuento: los precios de la competencia.

Ahora, con miras a determinar si el descuento se trasladaría o no al público y siguiendo la directriz de la pregunta 34 debemos tomar en cuenta los precios por estas compañías durante la vigencia del Makro Mail.

Estos precios se encuentran probados en el proceso: La Superintendencia ofició a solicitud de Casa Luker a las empresas Surtimax y Alkosto para determinar los precios ofrecidos al público 'en los meses de septiembre y octubre de 1998, periodo que incluye la vigencia del Makro Mail numero 19'

Las compañías Surtimax y Alkosto respondieron los oficios correspondientes así:

'El precio de Surtimax

El precio de venta al público otorgado por Surtimax en el periodo referido para el Aceite Gourmet x 5000 c.c. fue de \$13360 pesos la unidad. Este precio es claramente superior no solo al precio del Makro Mail (\$12.695) sino a los precios que con anterioridad venía aplicando Makro de Colombia S.A. Estos precios se encuentran en un rango de 12.390 a 12.990.

El precio de Alkosto

Alkosto remitió su cardex y el ingreso total por ventas del mes de octubre, fue ingreso total por ventas del mes de octubre de 1998 para Alkosto para el producto Aceite Gourmet x 5000 c.c. la suma de \$14.346100 pesos. Alkosto vendió en ese mes 1077 unidades de aceite Gourmet x 5000 c.c., de lo cual resulta que el precio unitario equivale a la suma de \$13320.

Este precio fue entonces igualmente superior no solo al precio del Makro Mail sino a los precios que con anterioridad venía aplicando Makro de Colombia S.A. Estos precios se encuentran en un rango de 12.390 a 12.990.

Conclusión: los precios de la competencia no incluían descuentos que llevarán a Makro a trasladar el descuento al público.

De acuerdo al criterio obtenido de la señorita Gutiérrez en su testimonio: Como los precios aplicados por la competencia eran superiores a los que venía aplicando Makro de Colombia, Makro de Colombia no tenía la intención de trasladar el descuento al consumidor o de vender por debajo de costo.

Como consecuencia de todo lo anterior, es un hecho probado en el proceso que no existía la intención de Makro de trasladar el descuento o vender por debajo de costo.

Ahora bien, Respecto de Diego Velez Montes y su no ejercicio como representante legal durante la época de los hechos.

Al respecto, debe ponerse de presente que la Superintendencia no vinculó a la investigación a Diego Velez Montes como persona natural sino que lo vinculó y notificó en su carácter de representante legal.

Y no podía ser de otro modo, está probado en el proceso que durante el periodo en que sucedieron los hechos Diego Velez Montes no era representante legal de Casa Luker, es más no trabajaba en dicha empresa y por tanto no puede incurrir en ningún tipo de conducta de autorización, ejecución o tolerancia.

En consecuencia, consideramos que Diego Velez Montes no puede ser sancionado por ninguna de las conductas que se le imputan. Se equivoca la Superintendencia al considerar que no hay suficientes pruebas para recomendar que sea sancionando, pues lo que en realidad sucede es que el Dr. Velez nunca pudo incurrir en dichas conductas según quedó demostrado.

5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que el comportamiento descrito en esta resolución, desarroollado por José Jesús Restrepo y Cia. S.A. – Casa Luker S.A., es ilegal por contravenir lo previsto en el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que William Manuel Ospina Zuñiga y Ángela María Muñoz Jaramillo, son responsables por haber autorizado o permitido la conducta descrita en esta resolución, en el sentido previsto en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO TERCERO: Ordenar a Casa Luker S.A. que se abstenga de dar aplicación a las comunicaciones enviadas a Makro de Colombia S.A. que dieron origen a la presente sanción, y de manera general, que se inhiba en lo sucesivo de ejercer o realizar cualquier conducta

que se encuentre orientada a influenciar la política de precios de otra empresa interviniente del mercado.

ARTÍCULO CUARTO: *Imponer una sanción pecuniaria a José Jesús Restrepo y Cia S.A. – Casa Luker S.A. por trescientos millones de pesos (\$300.000.000) moneda legal.*

ARTÍCULO QUINTO: *Imponer una sanción pecuniaria a William Manuel Ospina Zuñiga, por diez millones de pesos (\$10.000.000) moneda legal.*

ARTÍCULO SÉXTO: *Imponer una sanción pecuniaria a Ángela María Muñoz Jaramillo, por cinco millones de pesos (\$5.000.000) moneda legal.*

PARÁGRAFO: *El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen deberán consignarse en efectivo o en cheque de gerencia del Banco Polular cuenta No. 050-00024-9 código rentístico 5005º, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario cuenta No. 070-020010-8 a nombre de “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 5 días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.*

ARTÍCULO SÉPTIMO: *Notifíquese personalmente a la doctora María Clara Lozano Ortiz, en su condición de apoderada de Sucesores de José Jesús Restrepo y Cia. S.A. – Casa Luker S.A., William Manuel Ospina Zuñiga y Ángela María Muñoz Jaramillo, o a quien haga sus veces, el contenido de la presente Resolución, entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes.”*

6. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC determinó que:

Un esquema de libre mercado se edifica sobre la independencia de las decisiones empresariales, 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 "*influnciar*" 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.

De ahí que el objeto de la influencia sea el eje central sobre la cual se 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 supuesto 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.

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 "*el*" 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, 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.

Proyectado por: Diego Guarín