

**RESUMEN Y ANÁLISIS DEL 23 DE MAYO DE 2013 DE  
LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO**

*La Posición Dominante – Elementos del mercado. Su constitución. Abuso del poder dominante.*

**Consejero Ponente**

**Dr. Marco Antonio Velilla Moren**

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., junio de 2020**

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN .....	3
2.	ANTECEDENTES .....	3
3.	EL PROBLEMA JURÍDICO – LA SENTENCIA RECURRIDA .....	8
4.	FUNDAMENTOS DEL RECURSO.....	10
4.	CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.....	13
4.	DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA .....	16
5.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES .....	17

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL 23 DE MAYO DE 2013**  
**DE LA SECCIÓN PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO**

*La Posición Dominante – Elementos del mercado. Su constitución. Abuso del poder dominante.*

**Consejero Ponente**

**Dr. Marco Antonio Velilla Moreno**

**1. Introducción**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad **INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A.** y del señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, contra la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y denegó las pretensiones de la demanda.

**2. Antecedentes**

La sociedad **INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A.** y el señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, actuando mediante apoderado presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Que se declare la nulidad de la Resolución 15653 de 10 de mayo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se impone una sanción y se prohíbe una conducta.

2ª: Que a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad actora no tuvo posición dominante y, que por lo tanto no incurrió en conductas abusivas de dicha posición dominante.

Además, que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar todos los perjuicios causados a la sociedad demandante y a su representante legal señor **ÁLVARO**

HENAO CEPEDA, así como se condene en costas y agencias en derecho a la parte demanda.

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

Que el 13 de julio de 1999, la Superintendencia de Industria y Comercio, practicó una visita de inspección en las instalaciones de **INDUGA S.A.**, en la cual se analizaron documentos referentes al control de consumos y facturas de dicha sociedad, a partir de noviembre de 1998.

Indica que el 17 de enero de 2000, el representante legal de **INDUGA S.A.**, respondió una solicitud hecha por la Superintendencia de Industria y Comercio referente a la ejecución de su objeto social, distribución de conos para helado, competidores a nivel nacional y ventas totales de conos en la ciudad de Barranquilla.

Manifiesta que el 21 de enero de 2000, el revisor fiscal de la sociedad demandante, expidió un certificado con destino a la entidad demandada, donde se indicó, entre otros aspectos, la composición accionaria de la citada sociedad.

Que mediante Resolución 2230 de 31 de enero de 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó la apertura de investigación, con el fin de establecer si **INDUGA S.A.** y su representante legal transgredieron el numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Arguye que en el curso de la actuación administrativa, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, adujo que la empresa y su representante legal no actuaron en contravención de la citada norma, y que respecto, a la existencia de la posición de dominio, considera que sí existe, ya que la mencionada sociedad tiene la posibilidad de abastecer el mercado de conos para helado por sí sola.

Manifiesta que el Superintendente de Industria y Comercio, profirió la Resolución 15653 de 19 de mayo de 2001, sancionando.

La parte demandante adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Que la Administración violó los artículos 6° y 29 de la Constitución Política; 45 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

**“A. Violación al Principio de legalidad de la actuación administrativa”.** (artículo 6° de la Constitución Política).

Sostiene que dicho principio no se respetó, toda vez que de manera equivocada y antitécnica se determinó la existencia de una posición dominante y de una conducta abusiva de tal posición de dominio, lo cual no fue demostrada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Afirma que la sanción impuesta a INDUGA S.A. y a su Representante Legal no se ajusta a

derecho, de la cual se desprenden graves consecuencias patrimoniales.

**“B. Violación al debido proceso”.** (artículo 29 de la Constitución Política).

Aduce que esta garantía constitucional fue vulnerada por la Administración al expedir la Resolución sancionatoria, por cuanto, reitera, que no se demostró la existencia de una posición dominante ni una conducta abusiva de tal posición.

Sostiene que el derecho de defensa de INDUGA S.A., fue vulnerado al no tomar en cuenta la información de la compañía INDUSTRIAS DE ALIMENTOS DAFFI, como principal competidora de aquella, a pesar de que en reiteradas oportunidades se puso en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio tal condición.

Agrega que tal proceder afectó injustamente a los sancionados alterando antitécnicamente los resultados del análisis de mercado.

Destaca que el derecho de defensa fue vulnerado por las contradicciones en que incurrió la Administración, pues decide cambiar la argumentación expuesta en el informe motivado, que concluye en que los precios ofrecidos por INDUGA S.A. en la ciudad de Barranquilla corresponden a la estructura de costos de la transacción, es decir, que la conducta desplegada no constituía violación alguna del numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Mientras que en la Resolución demandada, se daban por probados elementos que antes no se tenían como tal, fundamentándose en afirmaciones no evidenciables.

**“C. Violación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.- Inexistencia de posición dominante en el mercado por parte de INDUGA S.A.”.** (Violación de los artículos 45 numeral 5 y 50 del Decreto 2153 de 1992).

Explica la definición de mercado relevante que ha suministrado la doctrina y la jurisprudencia, para determinar que no existe posición dominante ni abuso de dicho poder, pues la definición del producto tal y como lo hizo la Administración, elimina de cualquier análisis otros productos que compiten con los barquillos o conos de galleta, lo cual disminuye el espectro que debe ser objeto de análisis e incrementa artificial e indebidamente la participación en el mercado de INDUGA S.A.

Precisa que la Administración no tuvo en cuenta que los barquillos y conos de galleta son complementarios del mercado de los helados, son pues contenedores de helado, tal como lo reconoce la Superintendencia; además, que tanto el barquillo como el cono de galleta son productos sustitutos, ya que la “...*primera pregunta del heladero es si el consumidor desea el helado en vasito o en cono*” (folio 210 del cuaderno 2 del Tribunal). Afirma, entonces, que el producto final es el helado, el cual determina el comportamiento de la demanda, oferta y precios del barquillo.

Manifiesta que otro problema de coherencia en que incurre la Administración, es que define la supuesta posición dominante para el producto barquillos (conos de galleta),

pero en el momento de determinar el abuso de posición dominante solo toma algunos de esos productos (el “Piccolo” y el “Chiquicono”) para pronunciarse sobre la conducta.

Igualmente, la Superintendencia al considerar que el mercado geográfico debe determinarse a nivel nacional, se equivoca, ya que en realidad existen más oferentes a ese nivel y, adicionalmente, la comparación y análisis sobre el peso específico en el mercado debió hacerse a nivel zonal, en donde existen muchos agentes compitiendo al mismo tiempo con sustitutos perfectos e imperfectos.

Por otra parte, dispone la Administración en el acto acusado que las empresas competidoras se encuentran en situación tecnológica desventajosa frente a INDUGA S.A.

Al respecto, indica que justamente el agente eliminado del análisis, esto es ALIMENTOS DAFFI, cuenta con una tecnología importante a la altura de la utilizada por INDUGA S.A.

***“D. Violación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.- Inexistencia de la conducta abusiva de posición dominante en el mercado por parte de Induga”*** (folio 228 del cuaderno 2 del Tribunal).

Arguye que la Superintendencia falló, incurriendo en falsa motivación, ya que, reitera una vez más, determinó una posición dominante en el mercado y que se abusó de tal posición, cuando realmente no existían.

Expresa que las características del mercado de Barranquilla se identifican como un mercado especial y diferenciable, ya que:

*“...presenta una propia y particular estructura que debe ser considerada y respetada por los oferentes que en el participan. En Barranquilla se encuentra, por regla general, un consumidor que es el heladero informal cuyo producto final (helado de cono) es más barato que el heladero industrial. Dado que el barquillo es un producto complementario al helado, las características, naturaleza y precio del helado influirán determinadamente en su precio. Si el helado en cono es más barato, forzosamente el barquillo debe tener un comportamiento similar si se pretende participar de dicho segmento del mercado.*

*Este hecho separa el mercado de Medellín del de Barranquilla toda vez que (i) en Medellín el consumidor es regla general de naturaleza industrial y en Barranquilla, en el segmento de las referencias Piccolo y Barquillo, es el heladero informal que ofrece un helado tipo crema...; y (ii) dadas las diferencias de mercado presentadas, donde en Barranquilla un cono con helado tipo informal cuesta 150 pesos, el precio del barquillo necesariamente tiene que ser inferior. De no serlo, posiblemente ningún heladero informal lo compraría ya que todo lo que aumente sus costos (el precio del barquillo) disminuirá sus ingresos y utilidades”* (folio 256 del cuaderno 2 del Tribunal).

**La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de apoderado contestó la demanda, y para oponerse a las pretensiones de la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente:**

Que para la posición de dominio dentro del mercado respectivo por parte de INDUGA S.A., se tuvo en cuenta diferentes factores, no solo la composición del mercado, sino dentro de estos, la perdurabilidad de la conducta, de tal manera que no le asiste razón a la demandante cuando afirma que la Administración descartó el factor temporal en su análisis.

Indica que la Superintendencia entró a determinar el mercado de producto, encontrando que los conos moldeados y los conos torneados son sustitutos imperfectos y, que por lo tanto, conforman el mismo mercado de producto. Además, que entre los conos y los vasitos, aunque ambos sirven para depositar el helado, desde el punto de vista del consumidor final de estos dos productos, es claro que unos y otros satisfacen necesidades diferentes y, por consiguiente, no se sustituyen entre sí.

Afirma que es claro, que cuando el consumidor institucional decide colocar el helado que produce en un cono obviamente está pensando en satisfacer al consumidor final, a aquel a quien le gusta el cono, es decir, el que compra el helado no solo en consideración al helado en sí, sino también con el deseo de degustar el cono.

Aduce, respecto a la capacidad de reacción de los competidores, que la determinación del mercado fue nacional, teniendo en cuenta que INDUGA S.A., tiene presencia en las principales ciudades del país.

Que la Cámara de Comercio de Cali remitió, entre otros, el certificado de existencia y representación legal de Industria Alimenticia Daffi Ltda., del cual no se pudo determinar que se dedicara a producir y/o comercializar conos para helados. Además que las cifras relacionadas con su participación en el mercado de conos para helado, suministradas por la sociedad actora no fueron debidamente soportadas, pues la demandante ni siquiera indica la fuente de donde fueron obtenidos, ni aporta estudios que las hagan comprobables.

Agrega, que bajo la hipótesis de que la participación de DAFFI en el mercado de los conos para helado fueran ciertas y verificables, la misma refleja para 1998 el 22% y para 1999 un 24%, lo cual no altera significativamente la participación de INDUGA S.A. en dicho mercado, ni la posición de dominio de la misma, pues demuestra que con dicha participación la actora tenía la capacidad para actuar independientemente sin tener en cuenta a sus competidores, compradores y proveedores.

Respecto a la conducta abusiva de la posición dominante asumida por INDUGA S.A., numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, precisa que es necesario verificar la concurrencia de los siguientes elementos:

-Precios diferenciales:

Afirma que este elemento indicado en el numeral 4.1 de la Resolución demandada, no fue discutido por la demandante.

Intención o efecto anticompetitivo:

*Arguye que en “el numeral 4.2 de la Resolución se explica ampliamente como se encontró que la conducta tenía la intención o por lo menos el de disminuir la competencia dentro del mercado, tal y como de hecho había ocurrido en otras plazas donde la investigada incurrió adoptando el mismo patrón de comportamiento, máxime cuando según se explica en el numeral 4.2.5 de la resolución demandada, Induga tomó medidas para evitar que las referencias que eran vendidas más baratas en Barranquilla, fueran llevadas para ser vendidas en Medellín” (folio 346 del cuaderno 2 del Tribunal).*

-Diferencial injustificado empresarialmente:

Sostiene que quedó suficientemente demostrado que el costo de la transacción en Barranquilla era muchísimo más oneroso que en Medellín, que lleva a concluir que quien ostenta posición de dominio dentro de un determinado mercado, no puede utilizar el sistema de subsidios cruzados al cual se refiere la demandante, si con este, al establecer precios diferenciales, tiene la intención o produce el efecto de disminuir o eliminar la competencia en la plaza donde subsidian sus precios.

-Consideraciones acerca de la independencia del Superintendente de Industria y Comercio al decidir las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas.

Sobre este punto precisa que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, establece una total independencia entre quien instruye la investigación y realiza el informe motivado, de quien finalmente decide si en efecto se presentó una vulneración a las normas e impone la sanción administrativa a que haya lugar.

De manera que no le es dable a la demandante afirmar que, por cuanto el informe motivado le era favorable, la decisión ha debido serlo también.

### **3. Problema Jurídico – La Sentencia Recurrída**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y deniega las pretensiones de la demanda.

Respecto a la excepción propuesta por el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), el a quo concluye que la citada Entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tuvo injerencia en la expedición de los actos administrativos demandados, y por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio es el organismo encargado de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales.



Referente a los cargos formulados por la demandante expresa lo siguiente:

**Primer cargo: Violación del principio de legalidad.**

Precisa que el principio de legalidad es inherente al Estado de Derecho; el cual regula el ejercicio del poder público en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar su ejercicio. Por lo tanto, con la función administrativa nace simultáneamente este principio.

Indica que en el caso sub examine la Superintendencia de Industria y Comercio actuó sujeto a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Anota que la conducta por la que el demandante fue sancionado estaba previamente tipificada en el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 50, que contiene la regulación acerca del abuso de la posición dominante.

Concluye, que en esas condiciones, no se encuentra violación alguna al referido principio y, que por lo tanto, este cargo no está llamado a prosperar.

**Segundo cargo: Violación del debido proceso.**

Fundamentándose en el artículo 29 de la Constitución Política y en la jurisprudencia y la doctrina, indica que la Superintendencia de Industria y Comercio actuó en cumplimiento del procedimiento señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante el cual, *“...si bien en el transcurso de la investigación debe presentarse al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción, dicha norma no señala ni asigna un carácter de obligatoriedad o vinculación respecto de tal informe, por cuanto, es este último funcionario quien, conforme las pruebas obrantes en el proceso, debe fallar el proceso administrativo y determinar si se presentó o no la infracción a las conductas cuestionadas”* (folio 128 del cuaderno 1 del Tribunal).

Concluye el a quo que a pesar de que la decisión final tomada por el Superintendente de Industria y Comercio es diferente al informe motivado que le fuere presentado, éste no constituye una violación al debido proceso, *“...ya que, el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 obliga es a que se corra traslado de tal informe”* (folio 128).

Además, sostiene que no es de recibo el otro argumento relativo a una presunta violación al debido proceso, porque en la actuación administrativa se tuvieron en cuenta los diferentes competidores en el mercado de la sociedad actora, con lo cual, se pudo establecer que dicha empresa sí ostentaba una posición dominante y que abusaba de la misma, lo que determina que, la posible exclusión de uno de sus competidores no iba a variar esa realidad. Que por lo tanto, este cargo resulta huérfano de sustento real válido.

**Tercer y cuarto cargo: Violación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 por inexistencia de la posición dominante y conducta abusiva de la misma en el mercado por parte de INDUGA S.A.**

Expresa que de la información obtenida en la investigación administrativa y de los testimonios recaudados, se determinó que INDUGA S.A. ostentaba una posición dominante en el mercado de los barquillos o galletas para conos de helado, por cuanto, producía con alto nivel tecnológico, distribuía y comercializaba dichos productos en varios lugares del territorio nacional, al paso que las otras empresas que ejercían la misma actividad lo hacían de una manera limitada, por ser a nivel zonal.

Agrega que a pesar de las condiciones del mercado en la ciudad de Barranquilla, no puede la actora escudar la variación de precios en uno menor, “...en el hecho de que prevalece el mercado de heladería informal y no la industrial, porque, si las empresas que comercializaban antes de la llegada de INDUGA S.A. lo hacían manteniendo sus precios y condiciones, éstos no pueden variar por el hecho de la entrada al mercado de un nuevo competidor, en este caso, la sociedad demandante” (folio 132 del Cuaderno del Tribunal).

Afirma que tampoco puede ampararse el demandante en una ausencia de posición dominante del mercado de barquillos, debido a que existen otras formas de presentación y comercialización del helado, pues es de público conocimiento que la variación del cono de galleta al vaso plástico, si bien genera una sustitución del producto, ésta varía esencialmente el producto, razón por la cual, no puede tenerse en cuenta cifras y condiciones de las empresas productoras o comercializadoras de vasos plásticos, toda vez que el asunto objeto de litis atañe es al producto conocido como galleta o cono para helado.

Sostiene que bajo ese contexto, al variar los precios de una ciudad a otras, está ejerciendo una conducta abusiva de la posición dominante que la sociedad actora ostentaba, ya que los precios en la ciudad de Barranquilla estaban por debajo de un cincuenta por ciento (50%) de los de la ciudad de Medellín.

Respecto a las declaraciones rendidas por el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, se tiene que las actuaciones por él adelantadas tienen injerencia directa en la determinación de los precios de los productos que la sociedad actora comercializa y distribuye, es decir la sanción por la suma de \$10.000.000, es legal porque autorizó, ejecutó o toleró la conducta abusiva de la posición dominante en que incurrió la sociedad INDUGA S.A.

#### **4. Fundamentos del recurso**

La parte demandante finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

***“I. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO (DEFINIDA EN EL ARTÍCULO 45 DEL DECRETO 2153 DE 1992”.***

Que el a quo incurrió en una indebida valoración de la ley, al considerar que la posición de dominio de INDUGA S.A., había sido demostrada adecuadamente por la demandada.

Reitera que ha puesto de presente que la entidad demandada no definió ni analizó adecuadamente el mercado relevante, porque omitió del análisis al principal competidor de INDUGA S.A.; no analizó la capacidad de reacción de los demandantes y el a quo no se pronunció al respecto, definió erradamente el mercado-producto y el mercado geográfico.

Explica sobre la omisión del análisis del principal competidor, que está probado en la primera instancia que la Administración nunca analizó el principal competidor de INDUGA, cual es INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI.

Manifiesta que es inadmisibile que el a quo acepte el argumento esgrimido por la Superintendencia de Industria y Comercio en los alegatos de conclusión acerca de que del examen del certificado de existencia y representación legal se deduzca que no se pudo determinar que en concreto la empresa INDUSTRIA ALIMENTICIA DAFFI LTDA., se “...dedicara a la acepción utilizada por el Tribunal, conforme a la actividad productora y/o comercializadora de conos para helados, razón por la cual no se le tuvo en cuenta como un competidor esencial para el análisis” (folio 10 del cuaderno principal), cuando existen pruebas en el expediente sobre tal competidor.

Afirma que no cabe duda que el a quo omitió analizar el competidor más importante; que el estudio efectuado en la primera instancia es frágil y se encuentra soportado en las pruebas gubernativas, omitiendo por completo las practicadas en el proceso contencioso.

Concluye, indicando que con base en los hechos probados en el proceso y no en abstracciones, es evidente que la inclusión del principal competidor en el análisis sí cambiaba los resultados del mismo, y que INDUGA S.A. no ostenta posición dominante en el mercado.

Por otra parte, señala que entre otras omisiones de la Administración y del fallo apelado, se encuentra la “**Ausencia del análisis de la capacidad de reacción de los compradores (industriales del helado) en el mercado**”.

Aduce que en el proceso se probó quienes eran los compradores en el mercado y quienes tenían capacidad de reacción, sobre lo cual el fallo recurrido no se pronunció, siendo esencial para determinar la existencia o no de la posición dominante.

Expresa que el fallo incurre en “*yerros valorativos de la ley*”, al considerar que no era necesario analizar a los demás agentes del mercado, por cuanto “(...) que, dicha investigación versaba era respecto de INDUGA S.A. (...)” (folio 16 del cuaderno principal).

Señala que la capacidad de reacción de los compradores de INDUGA quedó probada en el proceso, con el testimonio del señor Jorge Jaramillo Douat, prueba que el a quo no consideró en el fallo y, por lo cual, vulneró el principio de congruencia.

De otro lado, afirma que hubo una “**Errada Definición del Mercado Producto**”, que se origina en la inadecuada concepción de los compradores de barquillos, pues la misma Superintendencia admite que el comprador de barquillos no es el consumidor final sino el

productor industrial de helados.

Indica que a partir de dicha premisa, un eventual aumento del precio por parte de INDUGA sería objeto de negociación con el productor de helados, pero nunca con el consumidor final.

Que en el evento de un aumento abusivo del precio del barquillo, los compradores siempre tienen la opción de comercializar su helado en contenedores de plástico, en barquillos de otros proveedores o en otro tipo de contenedores.

Arguye que el fallo disminuye artificialmente las opciones del industrial de helados, aumenta arbitrariamente la importancia del barquillo, y niega la inclusión de productos sustitutos en el mercado relevante.

Por otra parte, sostiene que hubo "***Indebida Definición del Mercado Geográfico***", pues, en este caso, "*se evidencia el absurdo de determinar un mercado geográfico nacional (como lo hizo el a-quo y lo indicó la SIC), para luego contar con la prueba facilitada por el propio denunciante que indica al perito que él –en la Costa Atlántica- tiene en “la Guajira el 100% del mercado, Santa Marta en un 80%, Valledupar en un 60%, Santander un 30% y en Montería y Sincelejo un 60% al 70%.” Y a quien se le endilga una posición dominante es a mi poderdante (valga decir con porcentajes inferiores a los indicados por el denunciante en la Costa Atlántica)*" (folio 20 del cuaderno principal).

Adicionalmente expresa que si el a quo hubiera analizado las pruebas con certeza hubiera concluido de que el mercado era zonal y no nacional.

***“II. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR INADECUADA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992”***

Sostiene que si el a quo hubiera analizado los argumentos de la demanda y las pruebas practicadas en el proceso, habría concluido que no había lugar a la aplicación de la citada norma, dado que la posición dominante no existía.

Agrega que el simple diferencial de precios, no se constituye en un abuso de posición dominante, razón por la cual el a quo violó el debido proceso al interpretar de manera inadecuada, la susodicha norma.

***III. De otro lado, señala que hubo “VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR AUSENCIA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS Y DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS ANTE EL A-QUO”.***

Sostiene que el fallo no se ajusta a derecho por cuanto no se pronunció sobre las pruebas practicadas en el proceso y no valoró los argumentos presentados en la demanda y demás documentos procesales.

***IV. Finalmente, aduce que hubo “VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LA***

***SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO***".

Lo anterior, por cuanto según el recurrente, si bien se sancionó al señor ÁLVARO HENAO, en su calidad de persona natural, la investigación le fue notificada en calidad de representante legal de INDUGA S.A., vulnerando el derecho de defensa del citado señor.

## 5. Consideraciones de la Sala

### A. POSICIÓN DOMINANTE

De las pruebas relacionadas la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado, pues tanto en la investigación realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, como en el acto administrativo expedido por el Superintendente de Industria y Comercio, para determinar la existencia de la posición dominante por parte de INDUGA S.A., se estableció que el mercado relevante del producto, conos para helados moldeados no tiene sustitutos directos; la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia respecto de su segundo competidor; que el mercado de conos para helados moldeado sin azúcar, presenta una estructura oligopólica concentrada en la empresa líder, lo que según la parte demandada, facilita acciones independientes por parte de dicha empresa, más aún cuando sus competidores no cuentan con la tecnología requerida para ampliar sus volúmenes de producción sin aumentar sus costos; además, que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, y que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado.

En las pruebas antes relacionadas, se observa, contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que el testigo **JORGE JARAMILLO DOUAT** y el perito **ORLANDO GARCÍA VARGAS**, coinciden en que un sustituto del barquillo para helado, puede ser cualquier contenedor desechable o comestible que cumpla tal función. Es más el **testigo señor Jaramillo**, indica que *“esta definición incluye algunos que existían antes del barquillo como conchas marinas, empaques de cristal, porcelana o vidrio, cajas de cartón parafinadas,...durante mucho tiempo el barquillo fue una forma particularmente atractiva como complemento al servir el helado.... Lo anterior se debe al crecimiento de la industria del plástico como envases y segundo a los cambios en el poder de los canales de distribución sobre la decisión de compra de los fabricantes y proveedores de helados en cuanto a los empaques de sus productos. Cada vez mas las amas de casa adquieren los helados como producto pre empacado, en su gran mayoría en sustitutos plásticos del*

*barquillo o cono para helados tradicional (sic). Siendo el canal responsable de este cambio el de los supermercados e hipermercados de auto servicio y auto selección (...)*". Además, el **perito García**, afirma que en "*...el mercado de los conos y vasos plásticos para helado que se me solicitó calcular es un mercado complementario, que no existe por sí solo, al mercado del helado. Si no hay helado no hay conos ni vasos plásticos para helado (...)*".

En cuanto a la supresión de una empresa competidora en el análisis del mercado relevante, como lo hizo la Entidad demandada, el testigo, señor Jaramillo, adujo que "*...Es muy importante tener en cuenta todos los componentes activos del mercado, si se entra a un mercado y se ignora a un competidor se corre un riesgo grande que es establecer una dimensión falsa del tamaño del mercado y de sus actores*". Además, observa la Sala que en el peritaje de los señores **GARCÍA VARGAS** y **GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA**, se tuvo en cuenta a **INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI LTDA.**, que según los mismos, es un fuerte competidor de **INDUGA S.A.**

En lo atinente a la capacidad de reacción de los competidores, sobre la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, niega que la tengan; el testigo, señor Jaramillo, contra argumenta, indicando que "*Por supuesto que sí, ya que no solo la tiene sino que la ejercen, la primera es buscar sustituto en otros fabricantes locales o foráneos del mismo insumo para disminuir la dependencia en ese proveedor de barquillos o eliminarla totalmente, la otra es buscar sustitutos, como plásticos y similares diferentes al barquillo suministrado por ese proveedor o algún otro*", cuestión que es confirmada, en el peritaje del señor **GARCÍA VARGAS**, al referirse varias veces a que los barquillos pueden sustituirse por cualquier contenedor de helado, en especial, por los vasitos plásticos.

En cuanto a que la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia sobre su segundo competidor, y que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado, que manifiesta la Entidad demandada, el señor **GARCÍA VARGAS** en sus respectivos informes, indica que la participación de **INDUGA S.A.**, en el mercado del helado, es de la siguiente manera:

*"Con valores porcentuales promedio obtenidos de esta valoración encuentro que para el año 1998, INDUGA S.A., tiene un 38,71% de participación en el mercado del helado congelado, para el año 1999 cuenta con un 31,91%, para el año 2000 pasa a un 44,14% y para Junio de 2001 contaba con un 16,81%.*

*INDUGA S.A., está seguida en importancia de participación en el mercado por DAFI, CONOS AMÉRICA, CARLOS AR, VASOS PLÁSTICOS Y CODES.*

*(...) El comportamiento de estas participaciones en el mercado se integra clara y directamente con el peritaje rendido de **CAPACIDAD INSTALADA**. Pero puedo decir que al haber visitado cada una de las fábricas, observé que las fábricas con mayor capacidad instalada son **INDUGA S.A.**, seguida de **CONOS DAFI**, y **CONOS AMÉRICA**. Las anteriores tres (3) empresas sus procesos (sic) de fabricación son automatizados, mientras que **CARLOSAR Y SERBEL**, sus procesos de fabricación son manuales.*



*...CONOS DANES no prestó ningún tipo de colaboración. No obstante queremos llamar su atención sobre el crecimiento en ventas que tanto en el período analizado como el registrado a la fecha, ...viene presentando de manera vertiginosa y muy superior a la empresa Conos América desplazándola del tercer lugar de importancia en volumen de ventas e ingresos...".*

Respecto a la capacidad instalada, el perito señor **GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA**, concluye:

*"(...).*

*3. INDUGA de Medellín en 1998 tenía el 55.33% del total de la Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 52.54% de Capacidad Instalada en 1999; el 51.43% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 50.68%.*

*4. INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFI en Cali en 1998 tenía el 29.27% de Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 27.80% de Capacidad Instalada en 1999; el 27.21% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 26.81%.*

*5. CONOS AMÉRICA de propiedad de D & PERTUZ en Barranquilla en 1.998 tenía el 10.04% de Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 9.53% de Capacidad Instalada en 1.999; el 9.33% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 26.81%.*

*6. Los demás fabricantes de Conos para Helado en Colombia en 1.998 tenían el 5.36% de Capacidad Instalada; el 10.13% de Capacidad Instalada en 1.999; el 12.03% de Capacidad en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenían el 13.32%".*

Respecto a si INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado, tal como lo sostiene la Entidad demandada, el **testigo señor JARAMILLO** experto en la materia de helados, adujo en su declaración lo siguiente:

*"No. Solo si es el único proveedor del barquillo y de los demás sustitutos asequible (sic) a los clientes de ese mercado. **PREGUNTADO.** En su concepto un productor de barquillos como INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado. **CONTESTO.** Eso se respondió atrás, ya que solo lo puede hacer si tuviera el control de todos los sustitutos. El monopolio del mercado de los helados en (sic) muy difícil, ya que este es un mercado maduro, puede que se de una situación inusual, por ejemplo barreras arancelarias o legales para eso, pero en el juego de la libre competencia regido por la ley de demanda y oferta es muy poco probable".*

Por otra parte, debe precisarse que el mercado de los helados es de consumo, el cual va dirigido directamente al consumidor del helado, **mientras que el mercado de los conos o barquillos es de insumos industriales**, por el hecho de ser instrumentos o contenedores, que junto con otros productos, como por ejemplo los vasitos plásticos, son utensilios útiles para servir el helado; lo que conlleva a sostener, que tal mercado va de empresa a empresa y no directamente al consumidor. De manera, que para la Sala, el mercado de barquillos, es dependiente como sus demás sustitutos, pero no necesario en el comportamiento del mercado de helados, *"si no hay helado no hay barquillos".*

Estas pruebas, las cuales no fueron debatidas con evidencias por la Entidad demandada, demuestran que los estudios efectuados por la Superintendencia carecen del soporte necesario, para establecer que **INDUGA S.A.**, tenía el poder dominante, pues si en la investigación realizada por la Delegatura para la Propiedad Industrial, no se tuvo en cuenta competidores como **INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI**, y tampoco se analizó que el barquillo no era un producto final, sino un insumo industrial del helado, que podía ser sustituido por cualquier otro contenedor, entre ellos, los vasitos de plástico, así como la capacidad de reacción de los competidores, son factores más que suficientes para que esta Sala concluya, que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y, en su lugar, los actos administrativos anulados.

## **B. ABUSO DE PODER DOMINANTE**

Ahora bien, en el hipotético caso de que se aceptara, que la sociedad actora tuviese poder dominante en el “mercado del helado”, o mejor aún, específicamente en el del barquillo para helado, las pruebas aportadas evidencian que la sociedad **INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A.** y el señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta; pues, de acuerdo con el análisis realizado por dicha Delegatura, en los tres escenarios explicados en el informe, concluye que, “no hubo infracción a las normas de promoción de la competencia por parte de la sociedad actora, ya que sus precios de venta fijados en Barranquilla están por encima de la estructura de costos de la transacción, incluido el costo de fletes. Así mismo, Álvaro Henao Cepeda como persona natural no autorizó ni ejecutó ni toleró las conductas anticompetitivas descritas en la resolución 2230 del 31 de enero de 2000. Por tanto no se presenta transgresión a lo normado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992”. Circunstancia, que para la Sala, constituye otro factor más para determinar la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

## **III. INDEBIDA NOTIFICACIÓN**

En cuanto al cargo “**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**” porque “*si bien se sancionó al señor **ÁLVARO HENAO**, en su calidad de persona natural, la investigación le fue notificada en calidad de representante legal de **INDUGA S.A.**, vulnerando el derecho de defensa del citado señor*”, no le asiste razón a la actora, ya que el señor HENAO le fue debidamente notificado el acto sancionatorio, prueba de ello es que ejerció su derecho de defensa tanto en la vía gubernativa como en este proceso. Por consiguiente, este cargo no tiene visos de prosperar.

## **6. Decisión**

El Consejo de Estado resolvió el presente caso en los siguientes términos:



***“PRIMERO.- REVÓCASE*** la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en cuanto que denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar,

***SEGUNDO.-*** Decrétese la nulidad de la Resolución 15653 de 10 de mayo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se impone una sanción y se prohíbe una conducta.

***TERCERO.- DENIÉGUENSE*** las demás pretensiones de la demanda.

*Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.”*

## **7. Análisis y conclusiones**

### **LA POSICION DOMINANTE - Elementos del mercado. Su constitución. Abuso del poder dominante**

De las pruebas relacionadas la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado. En las pruebas antes relacionadas, se observa, contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que el testigo JORGE JARAMILLO DOUAT y el perito ORLANDO GARCÍA VARGAS, coinciden en que un sustituto del barquillo para helado, puede ser cualquier contenedor desechable o comestible que cumpla tal función. Por otra parte, debe precisarse que el mercado de los helados es de consumo, el cual va dirigido directamente al consumidor del helado, mientras que el mercado de los conos o barquillos es de insumos industriales, por el hecho de ser instrumentos o contenedores, que junto con otros productos, como por ejemplo los vasitos plásticos, son utensilios útiles para servir el helado; lo que conlleva a sostener, que tal mercado va de empresa a empresa y no directamente al consumidor. De manera, que para la Sala, el mercado de barquillos, es dependiente como sus demás sustitutos, pero no necesario en el comportamiento del mercado de helados, “si no hay helado no hay barquillos”. las pruebas aportadas evidencian que la sociedad INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A. y el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta.

Proyectado por: Diego Guarín