

**Radicación:** 10-161600

**Resolución No. 12237 del 21 de marzo de 2013**

### **ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN UN MERCADO CONEXO**

*Para configurar un abuso de posición de dominio en un mercado conexo, sólo es necesario demostrar que se tiene posición dominante en un mercado (primer mercado), y que dicha posición fue utilizada de forma ilegítima para afectar un segundo mercado. En efecto, lo que se sanciona en estos casos es que un agente utilice su posición de dominio en un mercado (en este caso el de distribución y comercialización de energía) para fortalecer su posición en otro (en este caso el de calibración de medidores), en el que no tiene poder o dominancia.*

*No podría ser otra la interpretación lógica de esta conducta, ya que si el agente necesitara tener también posición de dominio en el segundo mercado (en este caso el de calibración), y no únicamente en el primero (el de distribución y comercialización de gas), no sólo se eliminaría la teoría de mercados conexos, sino que bastaría probar el abuso de posición de dominio en el mercado afectado para reprochar la conducta, lo que carecería de toda lógica frente a la doctrina de los mercados complementarios.*

### **FINALIDAD Y EFECTOS DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN DURANTE LAS INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

*La audiencia de conciliación que se lleva a cabo durante las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia está regulada en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001.*

*Se debe resaltar que la audiencia de conciliación tiene como fin la conciliación de intereses particulares de los quejosos y las investigadas, pero no tiene como fin la conciliación del interés general ni la terminación de la investigación por prácticas comerciales restrictivas. Así, la audiencia se adelanta durante la investigación administrativa, pero tiene efectos únicamente entre las partes y no tiene efectos sobre los asuntos de la investigación, puesto que el derecho de la competencia se ocupa de la protección del interés general.*

### **EFECTOS DE NO HABER ORDENADO EL CESE DE LA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA EN LA RESOLUCIÓN DE SANCIÓN**

*El único efecto que se genera al no haber ordenado el cese de la conducta es que si al momento en que la Resolución de Sanción quede en firme y ejecutoriada las investigadas continúan llevando a cabo la conducta que se declaró como anticompetitiva, esta Superintendencia no podrá sancionar a la EBSA por incumplimiento de instrucciones, tal y como está facultada para hacerlo, sino que tendrá que abrir una nueva investigación y llevar a cabo todas las etapas del proceso administrativo para sancionar nuevamente la conducta.*

## **DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS DURANTE LA INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

*Las investigaciones administrativas relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia se rigen por un procedimiento especial regulado por las normas de protección de la competencia. El régimen administrativo general sólo tiene aplicación supletiva en las materias no reguladas por la norma especial.*

*Aquellas relacionadas con el decreto y práctica de pruebas se encuentran reglamentadas en el segundo inciso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.*

*Esta norma es específica para las investigaciones que se abran por prácticas restrictivas de la competencia, y otorga a las partes un plazo específico para la solicitud y el aporte de pruebas dentro de la investigación. Por consiguiente, el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo no es aplicable. Diferente sería si el Decreto 2153 de 1992 hubiera guardado silencio en torno al decreto y práctica de pruebas, caso en el cual sí aplicarían las normas generales de procedimiento administrativo.*

*Interpretar las normas sobre pruebas en el sentido propuesto por las investigadas carecería de sentido, y haría nugatorio lo establecido en el artículo 52, en la medida en que las investigadas en este tipo de trámites podrían aportar pruebas en cualquier tiempo del proceso de investigación, y no solamente en las oportunidades establecidas por dicho artículo.*

### **DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN - aplicación del criterio del 150% de la utilidad**

*El artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 dispone que el Superintendente podrá imponer "...por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes **o, si resulta ser mayor**, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".*

*Es preciso aclarar que la conjunción "o" que se resalta de la cita del artículo 25 tiene un valor disyuntivo o alternativo, es decir que el criterio del uso de hasta un 150% de la utilidad derivada de la conducta como parámetro para imponer la sanción, es alternativo al uso del criterio de la tasación de la multa hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Como además la alternativa del uso de la utilidad como parámetro está acompañada de una condición, cual es "si resulta ser mayor", este Despacho interpreta que se debe usar en el caso en que la multa fuera mayor a 100.000 salarios mínimos. Así, como regla general se debe usar el parámetro de dosificación de una multa de hasta 100.000 salarios mínimos.*