

Radicación: 11-137485

Resolución No. 53403 de 2013

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO - Metodología

Una vez repasadas las metodologías utilizadas por la CRC y por esta Superintendencia, no se encuentran diferencias de planteamiento o ejecución sustanciales entre ambas. En efecto, se ha podido observar que ambas metodologías contienen las siguientes herramientas: Test del Monopolista Hipotético, estimación de elasticidades, correlaciones de precios, etc. También se observa que ambas Entidades tienen en cuenta la dimensión espacial que puede tener el mercado a la hora de definirlo.

Así las cosas, si la Delegatura hubiera efectuado su propio estudio de mercado relevante y de posición de dominio, no habría llegado a conclusiones distintas a las que produjeron los estudios de la CRC. Por lo tanto, en la práctica, el estudio de la Delegatura hubiera sido del todo redundante para efectos de la investigación.

En adición a lo anterior, es importante señalar que esta Superintendencia es una agencia transversal, en el sentido que no está especializada en un sector económico en particular. Por lo tanto, en sus investigaciones, es habitual que ésta acuda a otras entidades, ya sean públicas o privadas, que por su carácter técnico en un sector determinado sirven de guía para conocer y determinar las características de dicho sector.

En conclusión, la CRC utiliza una metodología perfectamente adecuada y ajustada a la teoría de libre competencia para definir mercados relevantes en el sector de comunicaciones, metodología que está acorde con la utilizada por la SIC en casos de abuso de posición de dominio. Así, no es solamente aceptable, sino deseable que la SIC acuda a un estudio de mercado relevante ya realizado por la CRC en materia de telefonía móvil.

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE Y POSICIÓN DE DOMINIO - Finalidad

Tanto la finalidad del estudio de la CRC, como la finalidad de la definición de mercado relevante de la SIC en un caso determinado, es identificar las condiciones de competencia o el grado de rivalidad que existe en un mercado determinado. Es decir, la finalidad de los estudios es la misma, lo que ocurre es que son utilizados por cada Entidad para cumplir con una función diferente; en un caso una función de regulación y en el otro una de protección de la competencia mediante la prevención y sanción de prácticas comerciales restrictivas. Así, el hecho de que el estudio vaya a ser usado para cumplir dos funciones diferentes no afecta las conclusiones del mismo, ya que la metodología y la finalidad del estudio es la misma: definir un mercado relevante.

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 – Noción

La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

Resolución No. 53403 de 2013

En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que ésta abarca todas los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia sin excluir los expresamente descritos por la ley.

Lo anterior no implica que una violación a la prohibición general también implique de inmediato la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, ya que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero no haber sido incluida en la lista de conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992.

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 – Interpretación

Así bien, al consultar el origen de la norma, se encuentra que el artículo primero del proyecto de ley presentado al congreso tenía una redacción similar a la que tiene hoy la norma. Sin embargo, el ponente del proyecto en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes propuso la modificación del texto a la que sería su versión definitiva, manifestando que: “es requisito indispensable “el propósito”, la intención de determinar precios inequitativos en perjuicio de los consumidores, para que los acuerdos, convenios, prácticas, procedimientos o sistemas que intencionalmente limiten la libre competencia sean prohibidos, sean contrarios a esta ley.” Aunque esta redacción no fue del todo aceptada, los supuestos de la norma quedaron subordinados conjuntamente a que con la práctica anticompetitiva se estuvieran determinando o manteniendo precios inequitativos.

En ese sentido se resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas y se manifestó la jurisprudencia contenciosa administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959.

Con todo, mediante Decreto Ley 3307 de 1963, se estableció una disyunción al cambiar el lenguaje de la norma original por una redacción alternativa, a la fecha vigente. Así lo confirmó la Real Academia de la Lengua Española, que fue consultada en el desarrollo del expediente No 04-047600, respecto del alcance de la “y” en la segunda parte del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Para dicha institución, el artículo 1 debe ser entendido en el sentido en que “quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos”, mostrando que la partícula “y” no corresponde a una conjunción que impone la presencia de diferentes requisitos para una única prohibición, sino a dos prohibiciones diferentes.

Una interpretación diferente llevaría al absurdo, pues existen prácticas y procedimientos o sistemas que limitan la libre competencia que no necesariamente determinan precios inequitativos, sino que, por ejemplo, simplemente evitan que ingrese un competidor al mercado, conducta que debe ser reprochada por el régimen de competencia. Incluso, hay prácticas que, sin limitar la libre competencia, permitirían mantener o determinar precios inequitativos. Si el fin de la norma es contener las prácticas restrictivas de la competencia, mal podría interpretarse el artículo mencionado llevando a permitir prácticas anticompetitivas que no definirían precios inequitativos.

Más aún, no prohibir las prácticas o procedimientos tendientes a limitar la libre competencia implicaría permitir tales conductas, cuestión que no estaría acorde con la finalidad de las normas de competencia ni con la protección del interés público que está inmerso en la aplicación de este régimen. Así, no solo la interpretación literal del artículo -en los términos explicados por la real Academia de la Lengua-, deriva en que están prohibidas las prácticas o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, sino que la interpretación teleológica y finalística del régimen de competencia apunta en el mismo sentido. No debe olvidarse que la libre competencia es, por norma constitucional, un derecho colectivo, por lo cual cualquier práctica tendiente a limitarla (“práctica tendiente a limitar la libre competencia”) estaría en violación a dicho derecho y a las demás normas que lo desarrollan.

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 – Interpretación – prohibiciones derivadas

Resolución No. 53403 de 2013

Por otra parte, una interpretación armónica con otras normas de competencia deriva en que efectivamente lo que prohíbe el artículo 1 es toda práctica tendiente a limitar la libre competencia, y no solo las tendientes a limitar la libre competencia que resulten en precios inequitativos. En efecto, el artículo 46 del Decreto 2153 en su primer inciso establece que “[e]n los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito”. Nótese como la norma citada prohíbe las conductas que afecten la libre competencia, sin que se requiera probar que las mismas derivan en precios inequitativos.

Así las cosas, las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- 1. 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”.*
- 2. “Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”.*
- 3. “Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a” “mantener o determinar precios inequitativos”.*

INFRACCIÓN AL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 155 DE 1959 – Verificación afectación libre competencia en el mercado

En la determinación de si una conducta viola lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta la manera como la conducta en mención afecta la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. De lo contrario, esta Superintendencia podría erróneamente sancionar conductas que si bien limitan la libre competencia entre agentes del mercado, generan eficiencias económicas y/o beneficios al consumidor que compensan o exceden los efectos adversos creados por dichas conductas.

Para ilustrar lo anterior, el siguiente ejemplo. La decisión de un grupo de abogados que compiten en el suministro de servicios legales para crear una firma de abogados supone, por regla general, reducir la competencia en el mercado toda vez que los miembros de la firma ya no competirán entre ellos. Así mismo, la creación de una firma de abogados implica que los miembros de la sociedad fijarán las tarifas que cobrará la sociedad a título de remuneración por los servicios prestados. Es indiscutible que una firma de abogados limita la competencia en el mercado de servicios legales, más precisamente entre los socios de la firma de abogados, y que tiene por objeto la fijación directa de los precios de un servicio.

Ahora bien, ¿es inconsistente con el régimen de protección de la competencia, más precisamente, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992?

En el caso en cuestión, si bien una firma de abogados limita la competencia entre sus socios, también crea una serie de eficiencias económicas que a su vez se trasladan a los consumidores. Una firma de abogados genera, entre otras, las siguientes eficiencias: (i) la disminución de los costos administrativos (e.g., secretarías, mensajeros, mantenimiento de bases de datos, etc) y costos fijos asociados con la prestación de servicio (e.g. servicios públicos, arriendo, etc); (ii) le permite a los socios de la firma ofrecer una mayor variedad de servicios especializados; (iii) permite ofrecer nuevos servicios que antes no podían ofrecer los socios de manera independiente; (iv) disponer de mayor capital para invertir en la expansión de la empresa, y de mayor capacidad de endeudamiento; y (v) mejorar la calidad de los servicios legales prestados.

Una aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 aislada de los propósitos del régimen de protección de la competencia, en particular, alcanzar la eficiencia económica, llevaría al absurdo de considerar que la constitución de una firma de abogados es una práctica que tiende a limitar la competencia en contravención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155

Resolución No. 53403 de 2013

de 1959. Así mismo, el acuerdo de los socios de fijar tarifas únicas de los servicios prestados significaría necesariamente una infracción del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por el contrario, al aplicarse las normas sobre protección de la competencia teniendo en cuenta sus propósitos, esta Superintendencia tendrá en cuenta las eficiencias económicas generadas por la creación de la firma de abogados, las cuales superan los efectos anticompetitivos generados por la conducta. Por consiguiente, la Superintendencia determinará que no existe mérito suficiente para iniciar una investigación o, de investigarse la conducta, que ésta no infringe lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, ni ninguna otra norma del régimen de protección de la competencia.

Por las anteriores consideraciones, en la aplicación de las normas sobre protección de la competencia, incluido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos de la libre participación de los agentes en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Tal interpretación evita los efectos nocivos propuestos por la investigada de sancionar cualquier conducta que restrinja la libre competencia sin considerar los objetivos que el propio régimen establece, cuestión que, como bien lo manifiesta la investigada, estarían incluso en contra del régimen mismo.

POSICIÓN DOMINANTE – Únicamente es castigado su abuso

Es importante resaltar que no toda actividad económica de un agente económico con posición de dominio es abusiva, y por lo tanto prohibida, pues la normativa en materia de protección de la competencia es clara en admitir la posición de dominio, pero proscribiendo el abuso de la misma. De hecho, debe permitirse que las empresas dominantes desarrollen en forma leal y razonable sus actividades económicas en el mercado en el que participan, aunque con esto aumenten su fuerza en el mercado. Estas actividades podrían comprender, entre otras, el mejoramiento de la calidad de sus productos y de su organización interna y externa, la adaptación de sus productos a la demanda con base en su diversidad, calidad y cantidad, la reducción de costos, la fijación de políticas de ventas o compras que estimen correctas, etc. Así, dentro de la lógica del sistema no se considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si ello no conduce a un beneficio injustificado para el agente dominante en perjuicio de los otros agentes del mercado.

En este sentido, no resulta consecuente con los objetivos de las políticas de competencia nacionales exigir que la libertad económica de una empresa desaparezca o se haya de ver restringida más allá de lo razonable por el solo hecho de detentar una posición de dominio.

POSICIÓN DOMINANTE – Régimen especial de responsabilidad

Resulta oportuno señalar, sin que ello suponga ningún reproche a la dominancia per se, que la noción de posición dominante implica que a los agentes que detenten dicha posición les sea aplicado un régimen especial de responsabilidad al que no estarían sometidas las demás empresas que compiten en el mismo mercado. Esta responsabilidad especial se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo. De tal suerte, las conductas de los agentes dominantes suponen un rigor y gravedad superior que el exigido a las empresas sujetas a una competencia sin las distorsiones que implica la presencia de un agente dominante.

Por lo tanto, los agentes dominantes tienen la carga de actuar con un cierto deber de cuidado, en atención a la responsabilidad especial que comporta su carácter de dominante, al paso que la competencia residual en dicho mercado debe ser sujeto de especial protección de parte de las autoridades de competencia.

En este escenario, si bien de conformidad con lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades, el ejercicio de esa libertad con responsabilidad se exige con mayor rigor tratándose de empresas con posición de dominio en un mercado determinado.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE – Clases

La literatura que describe los elementos de las prácticas abusivas, señala que las mismas por lo general se dividen en abusos de exclusión y abusos de explotación.

Los abusos de explotación son aquellos en que la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de los precios, la reducción de la calidad o la variedad de los productos, o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos.

Por su parte, los abusos de exclusión son aquellos en los que la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse. Según el documento de la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO - UNCTAD sobre Abuso de la Posición Dominante, puede resultar difícil distinguir entre los abusos de exclusión y la competencia "feroz", pues son fenómenos parecidos a corto plazo. Por ejemplo, a corto plazo, la fijación de precios predatorios es beneficiosa para los consumidores y tiene la apariencia de una competencia "feroz" que ofrece más productos a precios más bajos. Sin embargo, a la larga, los competidores quedan excluidos y el depredador puede subir los precios y reducir la calidad.

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE – Idoneidad de la conducta - Necesidad de estudio de evidencia cuantitativa

Un análisis de los efectos de una conducta anticompetitiva en un mercado no requiere necesariamente de un estudio exhaustivo sobre la evidencia cuantitativa de obstrucción en un canal de comercialización determinado. Basta para ello que la conducta desplegada sea idónea y apta para provocar efectos nocivos en la competencia, lo cual puede deducirse en el presente caso a partir de las implicaciones que tiene el hecho que la conducta afectara el proceso de PNM (fuente principal de competencia en el mercado), aumentara los costos para que los consumidores se cambiaran de operador, fuera una política corporativa aplicada en todo el mercado y a todos los consumidores y, adicionalmente, fuera desplegada por una empresa con posición de dominio y alta participación de mercado.

El concepto de obstrucción o cierre anticompetitivo del mercado, hace referencia a una situación en la cual las posibilidades de acceso o permanencia en el mismo resultan menoscabadas como consecuencia de una conducta restrictiva de la competencia desplegada por una empresa en posición de dominio. De tal suerte, no se requiere del examen cuantitativo de la evidencia obrante en el expediente para que la autoridad de competencia pueda determinar la obstrucción en un mercado o en un canal de comercialización, como consecuencia del levantamiento de una barrera a la entrada y/o permanencia por parte de una empresa en posición de dominio.

Bajo este contexto, el Despacho considera particularmente ilustrativo poner de relieve un pronunciamiento de Neelie Kroes, quien como Comisionada Europea de la Competencia – refiriéndose a las prioridades de la Comisión Europea sobre el control de los abusos exclusorios en aplicación del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea– manifestó:

“Un análisis basado en los efectos no siempre requiere evidencia y razonamiento técnico económico. La econometría, por ejemplo, es un ayudante útil, pero un maestro terrible. No es difícil pensar en ejemplos en los cuales se puede llegar a conclusiones de posibles efectos negativos sin aventurarse a realizar un elaborado ejercicio de recolección de datos e identificación de hechos en contra. Por ejemplo, en el caso reciente Tomra, la firma dominante contractualmente prevenía a sus consumidores de probar los productos de la competencia. Ningún sofisticado análisis económico fue necesario para concluir que tal conducta era reprochable al causar un cierre anticompetitivo.

Nuestro punto de vista es que realizar una aproximación basada en los efectos no requiere evidencia efectiva del cierre; la posibilidad de efectos nocivos es suficiente.

Cuando el cierre efectivo ha ocurrido, esto, por supuesto, fortalece el caso para la aplicación de las medidas de control.

Los efectos posibles pueden algunas veces ser deducidos de documentos internos que den cuenta de la estrategia exclusoria de una compañía con posición de dominio. Y en la ausencia de evidencia directa, nos apoyaremos en una evidencia más amplia y en nuestro entendimiento de cómo funcionan los mercados, para evaluar si una conducta es susceptible de tener efectos exclusorios. (...)

No esperaremos hasta que los efectos reales se hayan manifestado. Si esperamos hasta que los rivales se vean forzados a abandonar el mercado tendríamos dos serios problemas. En primer lugar, no podemos resucitar un cadáver. No importa cuán efectiva sea la intervención de la autoridad, si ésta solo tiene lugar cuando la salida de la competencia ha ocurrido, para entonces el daño en el mercado puede ser permanente.

En segundo lugar, tal intervención no solamente pasará por alto muchos ejemplos en los que el daño al consumidor es lesivo para la competencia, pero no la aniquila. La competencia puede resultar herida, confinada a una pequeña esquina del mercado, pero no aniquilada. Dejar estos casos de lado se traduce en una fórmula para un serio descuido en el control de la competencia.”

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE – Configuración por negligencia intencional

Para este Despacho se encuentra acreditada la intención de COMCEL para incurrir en prácticas anticompetitivas, en tanto que la negligencia intencional para detener en su momento las conductas de sus distribuidores es a todas luces manifiesta, lo que supone un grado de voluntad superior sobre la conducta, que le otorga la gravedad suficiente para que sea reprochable desde el punto de vista del derecho de competencia.

En el sentido expuesto, cabe señalar que por intencionalidad se entiende el propósito de restringir la competencia, más no la intención de infringir las normas. Al respecto, en la jurisprudencia europea se ha considerado que para que una infracción a las normas de competencia se considere intencional, no es necesario que la empresa sea consciente de que está infringiendo dichas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que su conducta estaba dirigida a restringir o afectar la competencia. En consecuencia, no resulta relevante establecer si el infractor sabía que estaba infringiendo las normas de protección de la competencia.

De igual manera, ha señalado que aun si la infracción no está caracterizada como intencional, es probable que se realizara por negligencia. En efecto, se espera que las empresas con experiencia comercial en el mercado entiendan las consecuencias de sus conductas, por lo que cualquier argumento dirigido a alegar ignorancia o inadvertencia deberá ser rechazado.

De esta forma, conductas que por acción u omisión deliberada resulten en la alteración sustancial de las cifras de portabilidad, derivan en una conducta tendiente a limitar la libre competencia, ya que afectan falsamente la posición de una empresa en el mercado frente a las decisiones de consumo de los usuarios, su reputación, su marca y, por consiguiente, su grado de rivalidad en el mercado. Más aún, para el caso de una empresa dominante, este tipo de mecanismos se erigen como formas idóneas para mantener una posición privilegiada en el mercado, por lo que en el presente caso resulta suficiente acreditar tal idoneidad y no su efecto como lo pretende la investigada.

Así entonces, se puede concluir que la omisión intencional de COMCEL se constituye en una práctica idónea tendiente a limitar la libre competencia, encuadrándose en lo establecido por la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 descrito anteriormente. Esto, teniendo en cuenta que se trata de una práctica restrictiva de la competencia, que no se menciona taxativamente en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – Relación con protección de la competencia

Las conductas descritas en este acápite, esto es, las irregularidades en el envío de los NIP a los usuarios, bien podrían del mismo modo ser objeto de reproche desde el punto de vista de la protección de la competencia, si con la información obrante en el expediente se hubiese demostrado que las mismas afectaron o tenían la potencialidad de afectar la dinámica competitiva del mercado.

Es así como una conducta puede ser objeto de reproche de manera simultánea tanto desde el punto de vista del derecho de competencia como del derecho de consumo, en tanto que ambos regímenes, si bien tienen finalidades diversas, pueden resultar transgredidos dependiendo del grado de afectación que tenga la conducta en el mercado, y siempre y cuando el bien jurídico que cada uno protege resulte afectado.

Aunque el fin ulterior del derecho de protección al consumidor y el derecho de competencia sea mejorar el bienestar del consumidor, existen diferencias fundamentales entre los problemas económicos que ambos conjuntos de reglas jurídicas están encaminados a corregir. En efecto, las normas sobre protección de la competencia están dirigidas a garantizar que exista un proceso competitivo que derive en mayores beneficios para el consumidor -mejores precios, calidades, etc.- y en mayor eficiencia económica; de tal forma que dicho proceso no se vea falseado por conductas artificiales que no producen beneficio alguno para los consumidores o la economía.

Por el contrario, las normas sobre protección al consumidor tienen por objeto, en general, garantizar que los consumidores tengan la información necesaria para elegir efectivamente entre las opciones disponibles en el mercado, y a que obtengan de los productores un bien o servicio en condiciones óptimas de conformidad con lo anunciado o lo razonablemente esperado. En este sentido, el artículo 1 de la Ley 1480 de 2011 -Estatuto de Protección al Consumidor-, establece que las actuaciones administrativas respecto de dichas normas se encaminan a proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos.

Así, mientras que los problemas que aborda el derecho de competencia se derivan normalmente de conductas unilaterales o plurilaterales que afectan o tienen la potencialidad de afectar la estructura del mercado, los precios que obtienen los consumidores, el nivel de rivalidad entre empresas, la eficiencia distributiva, la eficiencia productiva y la innovación, los problemas que aborda el derecho de protección al consumidor derivan normalmente de la entrega de información inexacta o de bienes que no tienen calidades idóneas a un grupo de consumidores. Ahora bien, si dicha conducta que infringe las normas de protección al consumidor ocurre en mercados poco competitivos o en los que hay operadores dominantes, y si la conducta tiene la potencialidad de afectar el grado de rivalidad en el mercado, las participaciones de los competidores, etc., puede también constituir una práctica restrictiva de la competencia.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Pruebas de hechos posteriores a la apertura de investigación

El hecho de que la SIC haya practicado pruebas durante la investigación (que por obvias razones se practicaron después de proferida la resolución de apertura), y que en las mismas hubiesen salido a relucir hechos que ocurrieron con posterioridad a la apertura, pero que guardan relación directa e inescindible con las conductas investigadas, es consecuencia lógica del desarrollo del proceso adelantado. En efecto, si se acusa a un investigado de realizar una conducta contraria al régimen legal, y durante el curso de la investigación se comprueba que la conducta ocurrió y que, adicionalmente, la investigada continúa realizándola, mal podría la autoridad ignorar dicha prueba, o pretenderse con ello que se requeriría la apertura de otra investigación. Una conducta en este último sentido sería absurda cuando lo que se comprueba con determinada prueba es precisamente lo que se está investigando.

Resolución No. 53403 de 2013

En toda investigación administrativa la conducta diligente de la administración debe ser determinar si ciertos hechos ocurrieron, si siguen ocurriendo, y si los mismos constituyen una infracción al régimen legal. Una interpretación contraria conllevaría al absurdo de interpretar que en una investigación por la presunta ocurrencia de un cartel de precios, la Superintendencia de Industria y Comercio no podrá determinar mediante testimonio si el cartel sigue vigente al momento de practicar el testimonio. Así mismo, llevaría al absurdo de impedir que la autoridad de competencia, al finalizar la investigación, ordenara al infractor el cese de la conducta anticompetitiva, bajo el argumento de que el período del cartel que ocurrió con posterioridad a la apertura de la investigación no estaba cubierto por la resolución de apertura y, por consiguiente, respecto de este periodo se requiere una nueva investigación y un nuevo trámite administrativo, no obstante se trata de una misma conducta continuada.

Nótese que al momento de abrir la investigación la Delegatura de Protección de la Competencia simplemente cuenta con algunas pruebas que le permiten determinar que existe mérito para realizar una investigación, y será precisamente la labor desplegada en la investigación la que permita llegar a determinar o desvirtuar la ocurrencia de la misma, con base en las pruebas practicadas durante la etapa de instrucción.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – VISITAS DE INSPECCIÓN – Acceso a documentos sin orden judicial

En ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto al régimen de protección de la competencia, a la SIC le es posible realizar visitas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado la información y documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el ejercicio de sus funciones. Además, en caso de que no se atienda la visita o se impida el acceso a la información requerida, es posible sancionar a quien se rehúse a prestar la colaboración, previa solicitud de explicaciones.

Por otra parte, incluso si se diera valor probatorio a la providencia de tutela citada por la investigada, proferida por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá el 10 de mayo de 2013 (Exp. 2013-156), se debe tener en cuenta que dicha providencia y su posterior aclaración señalan que la SIC requiere autorización judicial para obtener documentos o para acceder a piezas procesales en aquellos casos en que las partes niegan dicho acceso o se rehúsan a atender la autoridad, y no en eventos en que las partes otorgan acceso a sus computadores, documentos, etc. En efecto, en aclaración solicitada por la SIC respecto de la providencia anotada, la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras anotó que aquellos documentos, correos electrónicos, etc. a los que la SIC accedió con autorización de los investigados, no son objeto de la decisión (es decir, no son de aquellos que requieren autorización judicial para su acceso según la Sala), y por ello no es posible considerar, por sustracción de materia, que para acceder a los mismos se requiere autorización judicial, incluso aceptando que la interpretación de la Sala es correcta.

Pero más importante aún, la sentencia que cita COMCEL en su recurso fue posteriormente contradicha por otra providencia de tutela de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (Exp. No. 2013-0084), en la que dicho cuerpo colegiado aclaró que esta Entidad no requiere de autorización judicial para realizar visitas de inspección administrativa, ni para solicitar y obtener documentos que sean necesarios para el correcto ejercicio de sus funciones.