



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2014

()

27 JUN 2014

-- - 4 0 1 8 1

Radicación: 12-084221

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
 COMPETENCIA**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 1 y numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que “[...] *la libre competencia económica es un derecho de todos [...]*” y “[...] *el Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*”

SEGUNDO: Que el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 estableció que “[/]o dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera que sea la actividad o sector económico”. (Subrayado fuera de texto).

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante **SIC**), “[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.” (Subrayado fuera de texto).

CUARTO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia “[t]ramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia”.

1

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

QUINTO: Que el presente trámite se inició por parte de esta Delegatura con ocasión del escrito radicado con el No. 12-084221-00 del 22 de mayo de 2012¹, remitido por **OSCAR MAURICIO MORENO LÓPEZ**, donde señala:

(...)

Anualmente yo como empresario pago unos valores a la Cámara de Comercio de Bogotá. Esperando que esta, promueva la prosperidad de los empresarios de Bogotá (Ver Anexo 1)

La Cámara de Comercio de Bogotá y otras Cámaras crearon una empresa llamada CERTICAMARA S.A. (Ver anexo 2)

CERTICAMARA S.A. es competencia directa de uno de los servicios de una empresa de la cual son (sic) socio. En especial para el servicio de FACTURA ELECTRÓNICA.

Primero: *¿Puede la Cámara de Comercio de Bogotá, co – fundar una empresa que haga competencia a la empresa privada?*

Segundo: *CERTICAMARA S.A. se promociona como respaldada por algunas Cámaras de Comercio, posicionándolos en un nivel diferente superior que otras empresas que no son “respaldadas” o socias o creadas por las Cámaras, como la mía que son creadas por empresarios nacionales normales. Considero que esto es competencia desleal de la Cámara de Comercio de Bogotá, por favorecer una empresa de la cual es socio (Ver anexo 3).*

Tercero: *Aunque la Cámara de Comercio de Bogotá, NO ofrece los servicios de FACTURA ELECTRÓNICA en la actualidad, si ofrece otros servicios de CERTICAMARA S.A., a sus afiliados, en el portal de la Cámara de Comercio de Bogotá. La Cámara de Comercio de Bogotá NO considerar (sic) otras opciones que hay en el mercado y que ofrecen los mismos servicios. Esto lo considero competencia desleal por parte de la Cámara de Comercio de Bogotá ya que favorece la empresa de cual es socia y co-fundadora. En la actualidad no afecta mi empresa directamente, sin embargo si afecta otros empresarios y en el futuro podría afectar la empresa de la cual soy socio. (Ver anexo 4)².*

SEXTO: Que con fundamento en la información que obra en el expediente, mediante memorando radicado con el No. 12-84221-12 del 28 de diciembre de 2012³, esta Delegatura decidió dar trámite a una averiguación preliminar con el fin de “establecer si existe evidencia que determine la necesidad de iniciar una investigación por prácticas restrictivas de la competencia por parte de la sociedad CERTICAMARA S.A. y la Cámara de Comercio de Bogotá y otras.”.

¹ Folios 1 a 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 12- 084221.

² *Ibidem.*

³ Folio 41 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

SÉPTIMO: Que en desarrollo de las facultades conferidas a esta Entidad de conformidad con lo dispuesto por los numerales 62⁴, 63⁵ y 64⁶ del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Delegatura promovió las siguientes actuaciones:

7.1. Requerimientos de Información

- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-7 del 15 de noviembre de 2012⁷, se realizó solicitud de información a la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ** (En adelante **CCB**), sobre: i) Los documentos contentivos de la relación comercial, contractual o financiera entre la **CCB** y **CERTICÁMARA S.A.** (en adelante **CERTICÁMARA**); ii) La pertenencia de la **CCB** a algún órgano directivo de **CERTICÁMARA**; iii) Aportes físicos y/o monetarios de la **CCB** a **CERTICÁMARA** desde 2009; iv) Servicios que presta la **CCB** a través de **CERTICÁMARA**; y v) Convenios que se hayan adelantado entre la **CCB** y **CERTICÁMARA**. Atendido mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-8 del 26 de noviembre de 2012⁸.
- En audiencia, del 17 de diciembre de 2014⁹ con el señor **ERICK RINCÓN CÁRDENAS**, presidente de **CERTICÁMARA**, se solicitó información sobre: i) Copia del libro de registro de accionistas; y ii) Brochure de productos y servicios de **CERTICÁMARA**. Atendido mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-11 del 18 de diciembre de 2012¹⁰.
- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-13 del 31 de enero de 2013¹¹, se realizó solicitud de información a la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** (en adelante **DIAN**), sobre: i) Las personas naturales o jurídicas con la habilitación para hacer facturación electrónica; y ii) Las personas naturales y jurídicas que se encuentran habilitadas para la prestación de servicios inherente a la facturación electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-21 del 19 de marzo de 2013¹².

⁴ "Artículo 1. Numeral 62. "Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley".

⁵ "Artículo 1. Numeral 63. "Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones".

⁶ "Artículo 1. Numeral 64. "Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones".

⁷ Folios 25 y 26 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸ Folios 27 a 29 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁰ Folios 33 a 40 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹¹ Folios 42 y 43 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹² Folio 55 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-14 del 25 de febrero de 2013¹³, se realizó solicitud de información a **CERTICÁMARA**, sobre ventas, clientes costos, competidores en los servicios de certificación digital y factura electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No.12-84221-22 del 20 de marzo de 2013¹⁴.
- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-15 del 25 de febrero de 2013¹⁵, se realizó solicitud de información a **GESTIÓN DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA – GSE** (En adelante **GSE**), sobre ventas, clientes, costos, competidores en los servicios de certificación digital y factura electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No. 12-084221-25, del 13 de junio de 2013¹⁶.
- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-16 del 26 de febrero de 2013¹⁷, se realizó solicitud de información a **ANDES SERVICIO DE CERTIFICACIÓN DIGITAL – ANDES SCD** (en adelante **ANDES**), sobre ventas, clientes, costos, competidores en los servicios de certificación digital y factura electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No. 12-084221-20 del 18 de marzo de 2013¹⁸.
- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-27 del 12 de diciembre de 2013¹⁹, se realizó solicitud de información a **ASSENDA S.A.** (hoy **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, en adelante **CARVAJAL**), sobre ventas, clientes, costos, competidores y demás información del mercado para el servicio factura electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No.12-084221-31 del 30 de diciembre de 2013²⁰.
- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-33 del 13 de enero de 2014²¹, se realizó solicitud de información a **CADENA S.A.** (en adelante **CADENA**), sobre ventas, clientes, costos, competidores y demás información del mercado para el servicio factura electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No.12-084221-35 del 29 de enero de 2014²².

¹³ Folios 44 y 45 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁴ Folios 57 a 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁵ Folios 46 y 47 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁶ Folios 67 a 140 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁷ Folios 48 y 49 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁸ Folios 52 a 54 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁹ Folios 141 a 144 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁰ Folios 149 a 310 de los Cuadernos Públicos Nos. 1 y 2 del Expediente.

²¹ Folios 309 a 311 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²² Folios 317 a 345 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- Mediante comunicación radicada con el No. 12-84221-34 del 13 de enero de 2014²³, se realizó solicitud de información a **TRANSFIRIENDO S.A.** (En adelante **TRANSFIRIENDO**), sobre ventas, clientes, costos, competidores y demás información del mercado para el servicio factura electrónica. Atendido mediante comunicación radicada con el No.12-084221-36 del 29 de enero de 2014²⁴.

7.2. Testimonios

- Diligencia de testimonio practicada el 18 de septiembre de 2012 a **OSCAR MAURICIO MORENO LÓPEZ**, en su condición de denunciante²⁵.
- Diligencia de testimonio practicada el 17 de diciembre de 2012 a **ERICK RINCÓN CÁRDENAS**, en su condición de representante legal **CERTICÁMARA**²⁶.

OCTAVO: Que con el objetivo de resolver de manera clara y precisa el problema jurídico planteado que suscita la denuncia es necesario, en primera instancia, definir las características básicas estructurales del mercado presuntamente afectado por los actos denunciados.

Para la definición del mercado relevante presuntamente afectado, se abordará primero la actividad económica de las empresas denunciadas, seguido de las dos dimensiones para la determinación del mercado relevante propiamente dicho: el mercado del producto y el mercado geográfico.

8.1. Las empresas denunciadas

8.1.1. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ - CCB

En primera instancia, es necesario mencionar que las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, cuya creación fue permitida en virtud de la Ley 28 de 1931, norma la cual establece: "(...) *El Gobierno podrá crear Cámaras de Comercio en los centros comerciales de industriales importantes, cuando lo juzgue conveniente (...).*"²⁷. De manera posterior, la regulación de las Cámaras de Comercio fue adicionada por lo establecido en Código de Comercio Colombiano el cual, de manera concordante dice:

"(...)

²³ Folios 312 a 314 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁴ Folios 346 a 350 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

²⁵ Folio 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁶ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁷ Ley 28 de 1931. Artículo 2.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes.”²⁸.

De manera complementaria, la **CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COMERCIO** (en adelante, **CONFECÁMARAS**), ha dicho que las Cámaras de Comercio en Colombia, son personas jurídicas sin ánimo de lucro, que tienen la característica de ser un organismo de carácter corporativo y gremial, cuyos actos de administración, gestión y contratación se encuentran sujetos a la normatividad correspondiente al derecho privado²⁹, salvo el control que deberá ejercer la SIC³⁰ y la Contraloría General de la República respecto del recaudo, manejo e inversión de sus ingresos³¹.

Ahora bien, la misma confederación ha manifestado que las funciones que ejercen las Cámaras de Comercio son, entre otras, defender y estimular los intereses generales del empresariado en Colombia, y llevar los registros mercantil, de las entidades sin ánimo de lucro y el registro único de proponentes delegados legalmente, sin que las mismas formen parte integrante de la administración pública ni al régimen legal aplicable a las entidades que forman parte de la misma³². De esa misma forma se puede observar respecto del Código de Comercio, el cual establece:

(...)

Las Cámaras de Comercio ejercerán las siguientes funciones:

- 1) Servir de órgano de los intereses generales del comercio ante el Gobierno y ante los comerciantes mismos;*
- 2) Adelantar investigaciones económicas sobre aspectos o ramos específicos del comercio interior y exterior y formular recomendaciones a los organismos estatales y semioficiales encargados de la ejecución de los planes respectivos;*
- 3) Llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, como se prevé en este Código;*
- 4) Dar noticia en sus boletines u órganos de publicidad de las inscripciones hechas en el registro mercantil y de toda modificación, cancelación o alteración que se haga de dichas inscripciones;*

²⁸ Código de Comercio. Artículo 78.

²⁹ En CONFECAMARAS. Introducción a Cámaras de Comercio. En: <http://www.confecamaras.org.co/representacion-de-la-red/introduccion-a-camaras-de-comercio>.

³⁰ Decreto 4886 de 2011. Artículo 10.

³¹ Código de Comercio. Artículo 88.

³² *Ibíd.*



Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- 5) *Recopilar las costumbres mercantiles de los lugares correspondientes a su jurisdicción y certificar sobre la existencia de las recopiladas;*
- 6) *Designar el árbitro o los árbitros o los amigables componedores cuando los particulares se lo soliciten;*
- 7) *Servir de tribunales de arbitramento para resolver las diferencias que les defieran los contratantes, en cuyo caso el tribunal se integrará por todos los miembros de la junta;*
- 8) *Prestar sus buenos oficios a los comerciantes para hacer arreglos entre acreedores y deudores, como amigables componedores;*
- 9) *Organizar exposiciones y conferencias, editar o imprimir estudios o informes relacionados con sus objetivos;*
- 10) *Dictar su reglamento interno que deberá ser aprobado por el Superintendente de Industria y Comercio;*
- 11) *Rendir en el mes de enero de cada año un informe o memoria al Superintendente de Industria y Comercio acerca de las labores realizadas en el año anterior y su concepto sobre la situación económica de sus respectivas zonas, así como el detalle de sus ingresos y egresos; y*
- 12) *Las demás que les atribuyan las leyes y el Gobierno Nacional.*³³

De esa manera, y atendiendo a la regulación que se analizó previamente, se puede concluir que la **CCB** es, en términos generales, una entidad privada sin ánimo de lucro, encargada de ejecutar diferentes funciones públicas dentro de la jurisdicción del Distrito Especial de Bogotá en concordancia con lo establecido en el artículo 79 del Código de Comercio.

Las funciones arriba anotadas se replican para las demás Cámaras de Comercio que podrían haber estado involucradas en la supuesta conducta anticompetitiva investigadas en la presente actuación.

8.1.2. CERTICÁMARA

Es una sociedad anónima constituida el 21 de marzo del 2001, y tiene como objeto social en lo atinente a la presente averiguación preliminar: "(...) 4) *La prestación de cualquier tipo de servicio de certificación digital o electrónica, incluyendo pero sin limitarse a ellos, certificación de firmas electrónicas o digitales, expedición de certificados de estampado cronológico y todos aquellos servicios contemplados en el artículo 30 y demás artículos de la ley 527 de 1999; (...)*"³⁴.

³³ Código de Comercio. Artículo 86.

³⁴ Certificado de existencia y representación legal de CERTICAMARA. www.rues.org. Co. Consultada el 18 de junio de 2014.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Aunado a lo anterior **ERICK RINCÓN CÁRDENAS**, gerente de **CERTICÁMARA**, señaló en su diligencia de testimonio lo siguiente en relación con la actividad desarrollada por la empresa a la que representa:

"CERTICÁMARA S.A. es una entidad de certificación digital que tiene como principal finalidad ser un tercero de confianza frente a las comunicaciones electrónicas garantizando diferentes atributos de seguridad técnica y jurídica en la información desarrollada a través de medios electrónicos, mitigando de manera efectiva riesgos de la comunicación (...)"³⁵.

La anterior definición de los servicios que presta **CERTICÁMARA**, es general. Es decir, no comprende de manera puntual todos y cada uno de los usos específicos para garantizar los atributos de seguridad técnica y jurídica de la información generada y/o transmitida por medios electrónicos, y por ende no comprende los servicios puntuales que presta la empresa.

Sin embargo, al consultar la página web de la empresa se encuentran 17 servicios, entre los cuales se encuentra la certificación de firmas, la factura electrónica, certificados de servidor seguro, entre otros³⁶, todos estos servicios enmarcados dentro de la actividad general de garantizar los atributos de seguridad técnica y jurídica de la información generada y/o transmitida por medios electrónicos.

Ahora bien, con respecto a la relación que existe entre la **CCB** y **CERTICÁMARA**, en diligencia de testimonio de **ERICK RINCÓN CÁRDENAS**, se expuso que la misma correspondía a una relación 'matriz-subsidiaria'³⁷, refiriéndose a que la **CCB** cuenta con una participación accionaria superior al 50% sobre **CERTICÁMARA**, situación que se corrobora con las copias del libro de registro de accionistas de la empresa³⁸.

Así mismo, en el mismo escrito de queja señala sobre el respaldo de otras Cámaras de Comercio. Esta circunstancia, al igual que la de la **CCB** se explica en la medida que la propiedad restante de **CERTICÁMARA** corresponde a participaciones minoritarias, con de otras Cámaras de Comercio. A continuación se relacionan los demás accionistas de **CERTICÁMARA**³⁹:

- a) La Cámara de Comercio de Cali
- b) La Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia
- c) La Cámara de Comercio de Bucaramanga
- d) La Cámara de Comercio de Aburra Sur
- e) La Cámara de Comercio de Cúcuta
- f) CONFECÁMARAS

³⁵ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁶ Ver: <https://web.certicamara.com/productos-y-servicios/>. Consultado el 17 de junio de 2014.

³⁷ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁸ Folios 34 a 39 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁹ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

8.2. Mercado relevante

Los hechos denunciados recaen sobre el servicio de facturación electrónica, el cual es uno de los servicios que presta **CERTICÁMARA** y, según el testimonio del señor **ERICK RINCÓN CÁRDENAS**, existen de 10 a 15 empresas que prestan el servicio de factura electrónica y en el cual **CARVAJAL** es el líder, acompañado por otras empresas tales como, **TRANSFIRIENDO**, **GS1** y **CADENA**⁴⁰.

Es por ello que el mercado que deberá ser estudiado es el de facturación electrónica. Empero, para comprender el funcionamiento de este mercado, es necesaria la comprensión del mercado de certificación digital y firma electrónica así como su relación con el de facturación electrónica. En tal sentido, para la presente sección, primero se abordará el análisis de dicho mercado para posteriormente hacer la exposición del mercado de facturas electrónicas, estudiando la conexidad que entre ellos existe.

Antes de iniciar con lo indicado, vale la pena recalcar que ninguna de las actividades de la **CCB**, son objeto del presente estudio sobre la base de que: i) La **CCB** no presta ninguno de sus servicios a través de **CERTICÁMARA**⁴¹, y ii) De la comparación de los numerales 8.1.1 y el 8.1.2, se evidencia que la **CCB** tampoco presta ningún servicio coincidente con aquellos que ofrece **CERTICÁMARA**, así como tampoco de los prestados por ni la empresa del denunciante.

En tal sentido, la denuncia recae sobre la **CCB** por la posible influencia ejercida sobre **CERTICÁMARA**, en su calidad de accionista mayoritario de esta última sociedad.

8.2.1. Mercado Producto

8.2.1.1. La certificación digital y la firma electrónica⁴² (mercado principal)

La certificación digital y la firma electrónica son servicios que buscan garantizar la seguridad de la información creada y transmitida como mensajes de datos, es decir, por medios electrónicos, entre los aspectos de seguridad que deben ser sujeto de protección se encuentran: identificar plenamente al remitente del mensaje, la integridad del mensaje y que dicho mensaje llegue al destinatario correcto.

Para ello, se han diseñado estrategias de criptografía⁴³ aplicadas a medios digitales o computacionales, mediante algoritmos matemáticos. En otras palabras, lo que se hace es tomar un mensaje en un lenguaje comprensible y reescribirlo de un modo

⁴⁰ Folio 32 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴¹ Folio 28 del Cuaderno Público 1 del Expediente.

⁴² CERES. "Curso de Criptografía". Ver: <https://www.cert.fnmt.es/curso-de-criptografia/introduccion>. Consultado el 18 de junio de 2014.

⁴³ Según la RAE la criptografía es el arte de escribir con clave secreta o de un modo enigmático.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

que no sea legible mediante el uso de una clave. En este orden de ideas, el receptor del mensaje recibe el mensaje en el modo ilegible y requiere de la clave para poder reversar el proceso y dejarlo en un lenguaje comprensible.

Al anterior proceso se le llama criptografía de *clave simétrica*, puesto que la clave con la cual es cifrado el mensaje, es la misma con la que se descifra. Sin embargo, este proceso tiene como inconveniente que además de tener que transmitir el mensaje se debe transmitir la clave al destinatario, y al tener que ser transmitidos estos dos elementos, existe la posibilidad de que tanto el mensaje, como su respectiva clave, lleguen a un destinatario diferente al deseado, y éste pueda leer el mensaje.

La solución que surge para este problema es el desarrollo de la criptografía con *claves asimétricas*. Este tipo de criptografía asigna dos claves a cada usuario: i) una clave pública conocida por todos los usuarios pero con un único dueño, y ii) una clave privada cuyo único dueño y concededor es el propietario de ésta. El mecanismo de funcionamiento de estas claves es el siguiente: El remitente del mensaje, al desear que su mensaje sea leído únicamente por su destinatario, cifra su mensaje con la clave pública del destinatario, ya que ésta es conocida por todos los usuarios, y envía el mensaje cifrado; el destinatario por su parte recibe el mensaje cifrado y mediante la utilización de su clave privada descifra el mensaje para que este pueda ser leído.

El anterior mecanismo, sirve para garantizar que el mensaje llega al destinatario correcto, pero en ocasiones lo que se pretende es identificar plenamente al remitente y no a su destinatario. Para esta necesidad, también se hace uso de las claves asimétricas pero de forma distinta. En este caso, el remitente cifra el mensaje con su clave privada y el destinatario lo descifra mediante el uso de la clave pública, garantizando así la identidad del remitente del mensaje. A este sistema se le llama *firma digital*, y mediante él no solamente se garantiza la identidad del remitente, sino que adicionalmente se garantiza la integridad del mensaje y su no repudio, dando la misma validez que una firma manuscrita en un documento.

Ahora bien, la firma digital hasta este punto, es asociada únicamente a una clave pública (con la cual se descifró el mensaje), pero para darle la validez suficiente al documento o mensaje, es indispensable asociar esa clave pública a la persona propietaria de ella. Para ello existe el *certificado digital*. Éste es un documento expedido por un tercero de confianza, en el cual se asocia la clave pública a la persona propietaria.

Al tercero interesado se le conoce usualmente como una Entidad de Certificación. En Colombia la actividad de estas entidades se encuentra reglamentada por la Ley 527 de 1999⁴⁴ y el Decreto 1747 de 2000⁴⁵, principalmente.

⁴⁴ "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones"

⁴⁵ "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999, en lo relacionado con las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales."

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

En los términos del literal d) del artículo 2 de la Ley 527 de 1999, una Entidad de Certificación es aquella persona que, autorizada conforme a la normatividad citada, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

La misma Ley, en el artículo 29 de la Ley 527 de 1999, modificado por el artículo 160 del Decreto 19 de 2012, señala que podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las Cámaras de Comercio, que cumplan con los requerimientos y sean acreditados por el **ORGANISMO NACIONAL DE ACREDITACIÓN DE COLOMBIA**⁴⁶ (en adelante **ONAC**) conforme a la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional.

El **ONAC** suspenderá o retirará la acreditación en cualquier tiempo, cuando se establezca que la entidad de certificación respectiva no está cumpliendo con la reglamentación emitida por el Gobierno Nacional. Adicionalmente, somete a estas entidades a condiciones de capacidad financiera, legal e inhabilidades para su representante legal.

Así mismo, el artículo 30 de la misma Ley, modificado por el artículo 166 del Decreto 19 de 2012, estableció las actividades de las Entidades de Certificación, como se indican a continuación:

- "1. Emitir certificados en relación con las firmas electrónicas o digitales de personas naturales o jurídicas.*
- 2. Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos y de documentos electrónicos transferibles.*
- 3. Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la Ley 527 de 1999.*
- 4. Ofrecer o facilitar los servicios de generación de los datos de creación de las firmas digitales certificadas.*
- 5. Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.*
- 6. Ofrecer o facilitar los servicios de generación de datos de creación de las firmas electrónicas.*
- 7. Ofrecer los servicios de registro, custodia y anotación de los documentos electrónicos transferibles.*
- 8. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos y documentos electrónicos transferibles.*
- 9. Cualquier otra actividad relacionada con la creación, uso o utilización de firmas digitales y electrónicas".*

También cabe resaltar que los numerales 8 y 9 del artículo 1 del Decreto 1747 de 2000, establecieron la existencia de dos tipos de Entidades de Certificación, en los siguientes términos:

⁴⁶ Antes de la entrada en vigencia del Decreto 019 de 2014, la SIC era la encargada de verificar que las entidades de certificación cumplan con los requerimientos y sean acreditados.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

"8. Entidad de certificación cerrada: entidad que ofrece servicios propios de las entidades de certificación sólo para el intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, sin exigir remuneración por ello.

9. Entidad de certificación abierta: la que ofrece servicios propios de las entidades de certificación, tales que:

- a) Su uso no se limita al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor, o*
- b) Recibe remuneración por éstos."*

En efecto, a partir de lo anterior, se puede vislumbrar como el uso de los certificados que emiten las Entidades de Certificación abiertas, no son los mismos que los emitidos por las Entidades de Certificación cerradas. Las primeras ofrecen certificados que no se limitan al intercambio de mensajes entre la entidad y el suscriptor o cobran por la prestación de sus servicios. Mientras que las segundas no perciben remuneración alguna y su actividad se restringe al intercambio de mensajes de datos con el usuario.

En este punto, cabe señalar que **CERTICÁMARA** es una Entidad de Certificación abierta. Por ello para los análisis que sigan a esta sección dentro del presente acto administrativo, se referirá únicamente a este tipo de entidades.

8.2.1.2. La factura electrónica (mercado conexo)

Para abordar el concepto de factura electrónica, es necesario primero comprender que en Colombia se le brinda reconocimiento ante lo dispuesto por el artículo 616-1 del Estatuto Tributario Nacional, el cual se reglamenta mediante el Decreto 1929 del 29 de mayo de 2007. Así, en el literal a) del artículo 1 del Decreto 1929 del 29 de mayo de 2007 la factura electrónica se define en los siguientes términos:

"a) Factura electrónica: Es el documento que soporta transacciones de venta de bienes y/o servicios, que para efectos fiscales debe ser expedida, entregada, aceptada y conservada por y en medios y formatos electrónicos, a través de un proceso de facturación que utilice procedimientos y tecnología de información, en forma directa o a través de terceros, que garantice su autenticidad e integridad desde su expedición y durante todo el tiempo de su conservación, de conformidad con lo establecido en este decreto, incluidos los documentos que la afectan como son las notas crédito" (negrilla fuera de texto original)

De la anterior definición se encuentra que el proceso de facturación lo puede llevar a cabo tanto el obligado a facturar directamente, como un tercero que pueda prestar los servicios inherentes al proceso de facturación, pese a que *"en todo caso el obligado a facturar y el adquirente son los responsables frente a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales"*⁴⁷.

Para que un obligado a facturar o un tercero puedan realizar sus procesos de facturación electrónica deberán cumplir ciertos requisitos, entre los cuales se incluyen, según el artículo 2 del Decreto 1929 de 2007, los siguientes: i) garantizar su autenticidad e integridad, en los términos de los artículos 8, 9, 16 y 17 de la Ley

⁴⁷ Literal d), artículo 1 del Decreto 1929 de 2007.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

527 de 1999; y ii) que el proceso de facturación debe contar con una certificación ISO 9001:2000, específicamente en lo relativo con los procedimientos de expedición (generación y numeración), entrega, aceptación y conservación, incluyendo el procedimiento de exhibición.

En cuanto a la certificación ISO 9001:2000, esta es expedida por cualquiera de las entidades autorizadas por el **ONAC**.

En cuanto a garantizar su autenticidad e integridad, se utilizan las herramientas que fueron descritas en el numeral 8.2.1.1, la firma digital, el certificado electrónico y cifrado de datos⁴⁸. En tal sentido, se hace necesario que para cumplir con este requisito la entidad oferente de los servicios de facturación electrónica sea una Entidad de Certificación abierta, o bien, se cuente con un convenio con una entidad de dichas calidades para que el procedimiento cumpla con dicho requisito.

En consecuencia, el mercado de facturación electrónica resulta ser un mercado conexo al mercado de certificados digitales, toda vez que existe un vínculo proveedor-cliente entre las Entidades de Certificación abierta y los terceros que prestan los servicios de facturación electrónica, la cual además es indispensable para la prestación de estos últimos servicios.

8.2.1.3. Conclusión del mercado producto

El mercado presuntamente afectado es el **mercado conexo de la prestación de los servicios de facturación electrónica**, el cual puede ser afectado por los agentes que participan en el **mercado principal de certificación de firmas digitales**.

8.2.2. Mercado Geográfico

La naturaleza del mensaje de datos es en medio digital, y con ello tanto en el momento de la creación, como en su transmisión y posterior recepción la naturaleza del mismo no varía. En este sentido, la procedencia de los mensajes certificados digitalmente no depende tanto de su procedencia geográfica, sino de su procedencia técnica, lo cual hace que la actividad de **CERTICÁMARA** abarque todo el territorio nacional, ya que desde casi cualquier parte de él se genera tráfico de mensajes de datos certificable.

Igual clasificación es aplicable para el mercado conexo de facturación electrónica, teniendo en cuenta que la naturaleza de la factura electrónica es en medio digital, al igual que la del mercado principal de certificación electrónica. De esta manera se considera que el mercado de facturación electrónica, también es de carácter nacional.

⁴⁸ Ver: <http://fymtech.com/fympage/soluciones/productos/factura-electronica/> y http://fymtech.com/fympage/Presentacion_EBILL_RESUMIDA.ppsx. Consultado el 20 de junio de 2014.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

8.2.3. Conclusión de Mercado Relevante

De conformidad con los anteriores numerales, se concluye que el mercado presuntamente afectado es el mercado conexo de facturación electrónica en todo el territorio nacional, el cual resultaría afectado como consecuencia del actuar de agentes dominantes en el mercado principal de certificados de firmas digitales, dada la condición de conexidad existente entre los dos mercados.

NOVENO: Que conforme a lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, y el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la **SIC** está facultada para darle trámite a aquellas denuncias que se consideren significativas a fin de determinar si existe mérito para iniciar una investigación formal por una presunta violación al régimen de protección de la competencia, estas son, posibles prácticas restrictivas de la competencia y posibles prácticas constitutivas de competencia desleal administrativa. En ese sentido, la Delegatura pasará a analizar el derecho de la libre competencia y las facultades que posee la **SIC** para su protección:

9.1. De la libre competencia económica

De manera inicial, es necesario mencionar que el ejercicio de los derechos subjetivos consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano, en especial aquellos que por sí mismos poseen contenido económico, se desarrollan dentro de un modelo económico que se ha denominado "*economía social de mercado*"⁴⁹, el cual reconoce a la empresa como elemento catalizador del desarrollo social, que tiene dos implicaciones, a saber⁵⁰:

- i. La promoción de la actividad empresarial y su importancia dentro del modelo económico colombiano.
- ii. La obligación del Estado de intervenir en la economía con la finalidad de promocionar el desarrollo económico y eliminar las fallas del mercado, como manifestación de un mecanismo que busca encontrar un equilibrio entre la actividad empresarial y el interés general involucrado en el buen funcionamiento de los mercados.

Así, una de las libertades económicas que se consagraron en el ordenamiento constitucional colombiano es la libre competencia, la cual ha sido caracterizada por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

"(...) se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 830 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 197 de 2012. MP: Ignacio Pretelt Chaljub.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.”⁵¹.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, y en manifestación a la facultad de intervención en la economía, el Estado, a través de sus diferentes organismos y entidades, está sujeto a la obligación de garantizar la libre competencia, la cual por sí misma ofrece:

“(i) garantizar una mayor oferta y calidad de los bienes y servicios disponibles para los consumidores; (ii) permite evitar la creación de monopolios; (iii) permite la reducción de los precios de los productos; (iv) asegura la innovación tecnológica; (v) conduce a un mejor empleo de los recursos existentes; (vi) evita una concentración excesiva de la riqueza; y (vii) comporta un mayor bienestar de la sociedad y de los individuos”⁵².

Así, partiendo de la explicación anteriormente dada, la Delegatura procederá a realizar el análisis correspondiente a la competencia que tiene la **SIC** para sancionar las conductas violatorias del régimen de competencia.

9.2. De la competencia de la SIC para investigar prácticas restrictivas de la competencia y actos de competencia desleal en ejercicio de facultades administrativas

El ordenamiento jurídico colombiano, como manifestación al deber de intervención en la economía y defensa de la libre competencia económica, ha otorgado a la **SIC** la facultad para conocer y dar trámite a las quejas que sean allegadas por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia y/o conductas de competencia desleal, para que en desarrollo de las facultades administrativas de inspección, vigilancia y control de la transparencia de los mercados determine la existencia, o no, de responsabilidad por parte de los agentes económicos que hayan participado de la misma.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, “*La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la **vigilancia administrativa del***

⁵¹ Corte Constitucional- Sentencia C – 815 de 2001. MP: Rodrigo Escobar Gil.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C – 432 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal" (Negrilla fuera de texto).

No obstante, para esta Delegatura es claro que la **SIC** posee dos clases de facultades a la hora de analizar la comisión de presuntos actos de competencia desleal, estas son: (i) Las facultades jurisdiccionales que fueron otorgadas a esta entidad según lo establecido en el artículo 143 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con la interpretación otorgada por la Sentencia C-649 de 2001⁵³, en la que se expone que dicha competencia tiene el objetivo de resolver diferendos que afecten intereses meramente particulares; y (ii) Las facultades administrativas a través de las cuales se busca la protección del interés general y de los sectores económicos que se puedan ver afectados, total o parcialmente, por la presunta comisión de un acto de competencia desleal.

Así, una vez se tiene claridad sobre qué clase de facultades posee esta Delegatura para investigar actos de competencia desleal, es necesario establecer que la Ley 256 de 1996, "*Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*", establece tres ámbitos que, conjuntamente, delimitan la aplicabilidad del régimen de competencia desleal⁵⁴:

- a) **Ámbito Objetivo:** La conducta que se analiza debe realizarse en un mercado específico y debe tener una finalidad concurrencial, esto es, que la conducta, se realiza con la finalidad de mantener o incrementar la participación en el mercado del agente que la realiza, o de un tercero.
- b) **Ámbito Subjetivo:** La conducta puede estar dirigida a cualquier agente que participe en el mercado sin establecer que el mismo ostente la calidad de comerciante o que tiene una relación de competencia con el presunto agente infractor.
- c) **Ámbito Territorial:** Los efectos de la conducta desleal que se analiza deben darse o estar llamados a darse en el territorio colombiano.

Así, se tiene que para que esta Delegatura sea la autoridad competente para analizar la comisión de presuntos actos de competencia desleal, en desarrollo de las facultades administrativas explicadas anteriormente, debe establecerse, de manera inicial, si la afectación producida por dichos actos, se da en el marco de una distorsión de un mercado específico – Interés general – y si los mismos cumplen con los requisitos establecidos por la Ley 256 de 1996, o si por el contrario, los mismos no trascienden la esfera particular del quejoso y del presunto agente económico autor de los actos, caso en el cual deberá acudir a la jurisdicción ordinaria de la administración de justicia, o a la dependencia que dentro de la estructura organizacional de la **SIC** encargada de resolver dichos diferendos según lo establecido en el artículo 21 del Decreto 4886 de 2011⁵⁵.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C – 649 de 2001. MP: Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ Ley 256 de 1996. Artículos 2,3 y 4.

⁵⁵ Decreto 4886 de 2011. Artículo 21.



Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

9.3. De la significatividad de las conductas violatorias del régimen de protección de la competencia

El régimen de protección a la libre competencia ha establecido la significatividad de los hechos denunciados como un criterio necesario para poder iniciar una investigación formal en contra de un presunto infractor de las normas de competencia. De esa manera, el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, ha establecido como función general de la **SIC**:

*"(...) Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a **aquellas que sean significativas** para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica". (Negrilla fuera de texto).*

Así, corresponde a la Delegatura, en cumplimiento de las normas anteriormente transcritas, conocer solamente de aquellos hechos que hayan afectado un sector económico, o que tengan la virtualidad suficiente para vulnerar el interés general protegido.

Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico no ha establecido ninguna clase de requisito cuantitativo o cualitativo para definir qué hecho se considera significativo, dicho examen no debe atender a consideraciones arbitrarias, pues el mismo está delimitado por los objetivos de protección del régimen de libre competencia anteriormente mencionados. En razón a lo anterior, es igualmente necesario establecer que no existen presunciones mediante las cuales se pueda subsumir la significatividad de unos hechos determinados, por lo que el análisis correspondiente obedecerá a las circunstancias propias de cada caso, y sus presuntos efectos dentro de un mercado determinado.

Aun así, la Delegatura, con la finalidad de obtener un resultado objetivo en el análisis de la significatividad de la conducta, ha hecho uso de ciertos criterios, cuya pertinencia dependerá de las particularidades propias de cada denuncia, a saber⁵⁶:

- a) Dimensión del mercado: Porcentaje de demanda afectado por la realización de las conductas denunciadas, así como la posible vulneración de una conducta anticompetitiva aun no realizada.
- b) Poder de mercado: La posibilidad de determinar las condiciones de funcionamiento de un mercado.
- c) Efectos de la conducta: La afectación, o posibilidad de vulneración, que una determinada conducta puede llegar a tener sobre los objetivos de protección del régimen de libre competencia.

No obstante es de importancia aclarar que el listado anteriormente dado no es excluyente, razón por la cual, la Delegatura puede hacer uso de criterios adicionales a la hora de analizar el caso en concreto en aras de determinar la

⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 53099 de 2012.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

significatividad de los hechos indagados. En consideración a lo anteriormente expuesto, la Delegatura procederá a analizar la información que reposa en el expediente a fines de establecer la significatividad de los hechos denunciados, el grado de afectación sobre el mercado previamente definido y las posibles prácticas comerciales restrictivas de la competencia y/o actos de competencia desleal administrativa.

9.4. De la presunta competencia desleal ejecutada por la CCB y CERTICÁMARA

El denunciante en su escrito manifiesta que la **CCB**, presuntamente, estaría llevando a cabo actos de competencia desleal, en la medida en que posiciona a sus subsidiaria en un nivel superior al de las otras empresas que ofertan el servicio de facturación electrónica, mediante avisos en la publicidad de esta última en la cual se señalan expresiones como: "Con el respaldo de:" y a continuación se muestran los logotipos de algunas Cámaras de Comercio, entre las cuales se incluye la **CCB**.

Sobre el particular, vale la pena señalar que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 256 de 1996 *"se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencias del mercado."*

Conforme al aparte transcrito anteriormente, para esta Delegatura es claro que las conductas de los participantes en el mercado colombiano deben regirse por el principio de la buena fe comercial, la cual ha sido entendida por esta Entidad como *"la práctica que se ajusta a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rige a los comerciantes en sus actuaciones⁵⁷"* que les permite obrar con la *"conciencia de no perjudicar a otra persona ni defraudar la Ley⁵⁸"*.

Subsiguientemente, el mismo cuerpo normativo, desde el artículo 8 al 19 describe, de manera específica, cada uno de los posibles actos que constituyen competencia desleal. De esa manera, y partiendo del análisis de la normatividad mencionada, la Delegatura concluye que solamente los actos de desviación de la clientela podrían encuadrar objetivamente dentro de los hechos analizados por lo que es necesario realizar algunas consideraciones sobre los mismos.

Para empezar, es necesario resaltar lo establecido por el artículo 8 de la Ley 256 de 1996, el cual señala:

"ARTÍCULO 8o. ACTOS DE DESVIACIÓN DE LA CLIENTELA. *Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de*

⁵⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 17710 de 2005.

⁵⁸ Tribunal de Justicia de la CAN. Proceso 3-IP-99.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.” (Negrilla fuera de texto original).

A partir del análisis del aparte normativo transcrito, para esta Delegatura es claro que los actos tendientes a desviar la clientela hacen parte esencial de la competencia y de la dinámica propia de los mercados, no obstante, también es claro que la SIC, podrá entrar a investigar dichos actos con la finalidad de establecer una posible responsabilidad pecuniaria por parte de un determinado agente económico, si solo si, se logra comprobar que dichos actos fueron ejercidos en contravención de la buena fe mercantil que debe regir el actuar de los participantes de los mercados colombianos⁵⁹.

Ahora bien, la presunta desviación de clientela, se encontraría bajo el supuesto de que la imagen de la **CCB** y de otras Cámaras de Comercio en la página web de **CERTICÁMARA** otorga cierta preferencia a los clientes que buscaran una empresa para la prestación de los servicios de certificación digital o facturación electrónica.

Sin embargo, para que esto fuera ilegal tal como lo consagra la norma, además debería contar con un elemento contrario a las sanas costumbres mercantiles o usos honestos. Conforme a lo anterior, esta Delegatura encontró que si bien existe material publicitario y promocional de la **CCB** y otras Cámaras de Comercio en la página Web de **CERTICÁMARA**, dicho hecho es derivado del vínculo accionario que existe entre estas entidades. En razón a lo anterior, no se encuentra una intención deshonesto en la utilización de dichas piezas publicitarias, en tanto que su uso responde a un vínculo comercial real y verificable, que en ninguna forma constituye un acto de competencia desleal.

No obstante, la anterior conclusión se realiza en el marco de las facultades administrativas que ejerce esta Superintendencia en materia de competencia desleal, por lo tanto, persiste para el quejoso la posibilidad de presentar, bajo el lleno de los requisitos formales necesarios una demanda de tipo jurisdiccional con el fin de proteger sus intereses particulares **ante los Jueces Civiles del Circuito competentes o ante la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de esta Entidad.**

Así, pese a quedar descartadas posibles conductas de competencia desleal administrativa, esta Delegatura considera necesario el análisis de un posible abuso de posición de dominio en mercados conexos, dado que como fue evidenciado en el considerando anterior, el mercado de facturación electrónica depende de manera inescindible del mercado de certificación digital.

9.5. Del presunto abuso de poder de dominio en mercado conexo por parte de CERTICÁMARA

Respecto del análisis de esta tipología de conducta, es necesario, en primera instancia, definir qué es la posición de dominio. En ese sentido, esta Delegatura ha entendido que la posición de dominio es la capacidad de comportarse en el

⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto No. 14-96950-02.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

mercado con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y consumidores⁶⁰. Así mismo, el artículo 45, numeral 5 del Decreto 2153 de 1992 ha entendido la posición de dominio como *"la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*.

Ahora bien, si bien existen distintos mecanismos por medio de los cuales un determinado agente económico puede abusar de su posición de dominio es claro que el mismo debe, en primera instancia, ostentar dicha calidad para poder establecer cualquier tipo de responsabilidad en razón a los hechos que se denuncian. De esa manera, es claro que el abuso de posición de dominio es una conducta que, *per se*, necesita de un sujeto activo calificado para su realización.

Una vez se ha podido concluir la calidad del sujeto activo, se debe proceder a determinar en qué mercado se está presentando el abuso de la posición de dominio, pues no es necesario que el mismo se presente dentro del contexto del mercado dominado. Es así, como una empresa podría abusar de su posición de dominio en diferentes escenarios. Uno de ellos se configura cuando el abuso se produce y tiene efectos en un mercado distinto al dominado y su fin es incrementar el poder de mercado de la empresa en el mercado no dominado o conexo.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, los elementos que determinan una situación de abuso de posición dominante para incrementar el poder de mercado en un mercado conexo al dominado, son:

- (i) La existencia de un mercado determinado, en el cual un agente tenga posición de dominio.
- (ii) La existencia de mercados conexos o vecinos que tienen relación directa y consequential con el mercado dominado.
- (iii) El agente que tiene la posición de dominio debe usar ese poder con el fin de obtener una ventaja competitiva que no obtendría de otra manera en el mercado conexo o eliminar la competencia en un mercado distinto de aquél en el cual posee dicho dominio.

En razón a lo anteriormente expuesto, la Delegatura procederá a realizar el análisis correspondiente a fines de determinar si es dable argumentar un posible abuso de posición de dominio por parte de **CERTICÁMARA** en el mercado conexo de la facturación electrónica.

Como ya se abordó previamente, en principio, podría inferirse que **CERTICÁMARA** ostenta posición de dominio en el mercado de certificados digitales, sin embargo, para establecer de manera definitiva dicha aseveración, a continuación se presentan algunas cifras del comportamiento de este mercado.

Para iniciar cabe señalar que en Colombia solamente existen tres Entidades de Certificación Abierta: **CERTICÁMARA** la cual fue habilitada mediante Resolución SIC No. 1007 del 24 de enero de 2002, **ANDES** la cual fue habilitada mediante Resolución SIC No. 14349 del 23 de marzo de 2011, y **GSE** cual fue habilitada

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30835 de 2004.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

mediante Resolución SIC No. 23344 del 12 de mayo de 2009⁶¹. Ahora bien, del análisis de la información recaudada durante la presenta averiguación preliminar, se pudieron resumir cifras de facturación de certificación digital, encontrando que la participación de **CERTICÁMARA** en el mercado de certificación digital abierta fue superior al 60% entre 2009 y 2012:

Tabla 1: Participación de las entidades de Certificación Abierta por cantidad de Certificados emitidos de 2009 a 2012

AÑO	ANDES	CERTICÁMARA	GSE
2009	0,00%	87,26%	12,74%
2010	0,00%	92,20%	7,80%
2011	0,71%	78,55%	20,75%
2012	6,92%	64,37%	28,71%

Elaboración: SIC con base en las cifras reportadas por las empresas⁶²

Discriminando los productos para cada una de las tres empresas, esta Delegatura encontró que los certificados de mayor venta corresponden al certificado de Representante Legal⁶³ y al Certificado de Pertenencia a Empresa⁶⁴ y función pública⁶⁵. A continuación se muestran las ventas y participaciones de cada una de las empresas para los cuatro años analizados.

⁶¹ Ver: <http://www.onac.org.co/modulos/contenido/default.asp?idmodulo=455>. Consultado el 25 de junio de 2014.

⁶² Folios 54, 63 y 92 y del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶³ "CERTIFICADO DIGITAL REPRESENTANTE LEGAL: El certificado de Representación de Empresa sirve exclusivamente para que una persona natural acredite su condición de Representante Legal de una persona jurídica en particular y su uso se restringe para realizar todo tipo de trámites como Representante Legal de la persona jurídica que representa como son firmar mensajes de datos y/o documentos propios del objeto social de la Empresa.". Disponible en: <http://portal.gse.com.co/index.php/productos/certificados/representante-legal>. Consultado el 8 de Julio de 2014.

⁶⁴ "CERTIFICADO DIGITAL PERTENENCIA EMPRESA: El certificado de Pertenencia a Empresa sirve exclusivamente para que una persona natural acredite su condición como miembro o su vinculación a una empresa en particular y su uso se restringe para realizar todo tipo de trámites como son firmar mensajes de datos y/o documentos propios del objeto social de la Empresa, como miembro o vinculado a dicha empresa en particular.". Disponible en: <http://portal.gse.com.co/index.php/productos/certificados/pertenencia-a-empresa>. Consultado el 8 de Julio de 2014.

⁶⁵ "CERTIFICADO DIGITAL FUNCIÓN PÚBLICA: El certificado de Función Pública sirve exclusivamente para que una persona natural acredite su calidad de Funcionario Público de una Entidad en particular del Estado y su uso se restringe para realizar todo tipo de trámites como Funcionario Público de la Entidad a la cual se encuentra vinculado como son firmar mensajes de datos y/o documentos relacionados con las funciones propias de su cargo dentro de la Entidad Pública a la cual se encuentra vinculado.". Disponible en: <http://portal.gse.com.co/index.php/productos/certificados/representante-legal>. Consultado el 8 de Julio de 2014.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Tabla 2: Ventas unitarias de certificados de CERTICÁMARA por tipo para los años 2009 a 2012

	CERTICÁMARA			
	2009	2010	2011	2012
Persona Natural	4.480.000	52.416.000	10.844.000	12.199.129
Profesional Titulado	27.492.000	367.038.000	172.266.207	213.844.000
Representante Legal	175.441.000	1.486.180.176	603.928.456	662.140.948
Pertenencia a empresa	102.491.000	870.049.920	437.465.069	529.370.000
Función Pública	21.685.000	1.685.116.879	260.582.309	296.585.174
Persona Jurídica	0	0	0	0
TOTAL EMPRESA	331.589.000	4.460.800.975	1.485.086.041	1.714.139.251
TOTAL AÑO	379.989.420	4.838.253.407	1.890.649.855	2.662.913.707
Part (%)	87,26%	92,20%	78,55%	64,37%

Elaboración: SIC con base en las cifras reportadas por las empresas⁶⁶

Tabla 3: Ventas unitarias de certificados de GSE por tipo para los años 2009 a 2012

	GSE			
	2009	2010	2011	2012
Persona Natural	216.000	559.710	2.118.869	2.960.224
Profesional Titulado	1.954.541	26.431.664	52.772.299	45.234.911
Representante Legal	28.628.932	166.325.968	192.607.201	287.580.266
Pertenencia a empresa	8.798.497	180.407.973	135.599.114	228.867.708
Función Pública	8.802.450	3.727.117	9.130.331	199.801.334
Persona Jurídica	0	0	0	0
TOTAL EMPRESA	48.400.420	377.452.432	392.227.814	764.444.443
TOTAL AÑO	379.989.420	4.838.253.407	1.890.649.855	2.662.913.707
Part (%)	12,74%	7,80%	20,75%	28,71%

Elaboración: SIC con base en las cifras reportadas por las empresas⁶⁷

Tabla 4: Ventas unitarias de certificados de ANDES por tipo para los años 2009 a 2012

	ANDES			
	2009	2010	2011	2012
Persona Natural	0	0	3.144.000	1.320.000
Profesional Titulado	0	0	2.520.000	41.040.000
Representante Legal	0	0	3.480.000	54.240.000
Pertenencia a empresa	0	0	4.092.000	10.440.000
Función Pública	0	0	100.000	73.690.013
Persona Jurídica	0	0	0	3.600.000
TOTAL EMPRESA	0	0	13.336.000	184.330.013
TOTAL AÑO	379.989.420	4.838.253.407	1.890.649.855	2.662.913.707
Part (%)	0,00%	0,00%	0,71%	6,92%

Elaboración: SIC con base en las cifras reportadas por las empresas⁶⁸

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Como se pudo verificar a partir de las Tablas No. 2 a No. 4, el agente con mayor participación para los cuatro años analizados es **CERTICÁMARA**, y el año en el cual tuvo su menor participación contó con una participación superior al 60%. Sin embargo, se resalta que el comportamiento de la participación en el mercado de esta empresa ha tenido una tendencia a la baja en un mercado que sufrió un encogimiento en el año 2011.

Ahora bien, a pesar de que usualmente se asocia el poder de dominio con una participación de mercado alta. Sin embargo, GERMÁN COLOMA indica que no necesariamente un agente con una participación de mercado alta cuenta con posición de dominio⁶⁹. Esto lo sustenta en que para que una participación de mercado alta determine la existencia de posición de dominio, el agente con esta participación puede valerse de ella para influir en las decisiones de sus competidores. Agrega, que esta situación suele suceder cuando la participación de mercado depende en mayor medida a la disposición de ciertos recursos (recursos naturales, redes de distribución, transporte o comunicaciones, capacidad instalada de producción o almacenamiento, etc.). De manera similar se ha manifestado la **SIC** en diferentes resoluciones que han desarrollado el tema del abuso de posición, argumentado, como presupuesto de adecuación de la conducta, que la posición de dominio viene derivada no solo de participación porcentual en ventas o ingresos del mercado, sino además de otros criterios tales como⁷⁰:

- a) La concentración de la oferta.
- b) La capacidad instalada y utilizada del presunto agente dominante.
- c) Diferentes barreras de acceso al mercado, jurídicas o económicas, tales como la alta capacidad ociosa del posible agente dominante, el nivel de identidad de la marca del mismo, los costos hundidos inherentes al mercado posiblemente afectado, entre otros.

Así las cosas, es necesario evaluar si efectivamente **CERTICÁMARA** cuenta con poder de dominio en respuesta a su participación en el mercado principal.

En este sentido, se reitera que **CERTICÁMARA** ha perdido más del 20% de su participación en lo corrido de cuatro años. Adicionalmente, fue un mercado que se contrajo sustancialmente si se compara el año 2010 con el año 2011, y dicha contracción afectó principalmente a la empresa presuntamente involucrada en los hechos denunciados, pues si observamos el total de certificados facturados en 2011 por dicha empresa, su participación solamente representa el 33% de lo facturado en 2010. Comparativamente con la empresa que también participaba en el mercado para los dos años confrontados, **GSE** creció un 3% con respecto a sus ventas en 2011, comportamiento que resulta distante del que obtuvo **CERTICÁMARA**.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Coloma, Germán (2009). *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*, 2da edición. Buenos Aires, Ciudad Argentina.

⁷⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30835 de 2004.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se puede concluir que **CERTICÁMARA**, a pesar de contar con una alta participación en el mercado principal, en principio no contaría con la capacidad de influenciar a sus competidores, en tanto que en razón a su creciente pérdida en la participación de mercado, el mismo no cuenta con los supuestos necesarios para poder determinar de manera independiente el funcionamiento del mercado.

De igual manera, respecto de la barrera a la entrada legal que constituye el aval del **ONAC**, esta Delegatura encontró que si bien es un requisito legal para el cual se deben disponer de ciertos recursos, el mismo no ha desincentivado la entrada de nuevos agentes. Prueba de ello es la entrada de **ANDES** en 2011, quien en el primer año de operación acapara el 0,71% del mercado y en su segundo año facturó casi 14 veces lo facturado el año inmediatamente anterior estableciéndose como el crecimiento más alto de las tres empresas, seguido por **GSE** quien creció un 90% y por último **CERTICÁMARA** quien solamente creció un 15%, en un mercado que creció un 40% en total.

Ahora bien, dado que el primer elemento que determina una situación de abuso de posición de dominio en un mercado conexo, es la existencia de un mercado principal, que para el caso concreto es el mercado de certificación digital, en el cual un agente tenga posición de dominio.

En el presente caso, dicha característica no ha podido ser demostrada por esta Entidad, por las razones expuestas en relación con la participación de mercado de **CERTICÁMARA**. En consecuencia, en principio no se configurarían de manera siquiera preliminar los otros elementos para evaluar la existencia de dicha conducta. Sin embargo, y en gracia de discusión esta Delegatura procede a efectuar el análisis correspondiente con el fin de evidenciar que incluso si llegase a verificarse la existencia de dicha posición dominante en el mercado principal los otros elementos no permitirían establecer un abuso en el mercado conexo de facturación electrónica.

En primera instancia, es necesario reiterar que pese a que el escrito de la denuncia hace referencia a la **CCB** y otras Cámaras de Comercio como partícipes de las conductas denunciadas, dicha situación no se verificó durante la presente actuación administrativa. En efecto, la Delegatura encontró que la actividad de desarrollada por la **CCB** así como por las otras Cámaras de Comercio, no tiene ninguna relación con la actividad desarrollada por **CERTICÁMARA** o la empresa denunciante, en tanto que la actividad de aquellas no coincide ni afecta el mercado conexo de la facturación electrónica, el cual resultaría presuntamente afectado por las conductas desarrolladas por **CERTICÁMARA** quien participa del mercado principal de certificación digital.

En efecto, la posible conducta constitutiva de un abuso de posición dominante en el mercado conexo referido sería la obstrucción llevada a cabo por parte de **CERTICÁMARA** respecto de las empresas que prestan los servicios de facturación electrónica en el mercado conexo, lo anterior partiendo de la base del incentivo que pudiese llegar a tener **CERTICÁMARA** de aumentar su participación en el mercado de facturación electrónica apalancando su posición dominante en el mercado de certificación digital. Sin embargo, lo anterior no se verificó por parte de esta

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Delegatura toda vez que el único hecho denunciado que daría cuenta de una ventaja competitiva en cabeza de **CERTICÁMARA** sería su relación o vínculo con las cámaras de comercio, en particular el respaldo de las mismas a la actividad desarrollada por ésta última. Hecho que, como se indicó en líneas anteriores obedece al vínculo societario que existe entre ellas. Más no a una prueba que dé cuenta de una obstrucción a las empresas que prestan los servicios de facturación electrónica.

Se reitera entonces que, dadas las características del mercado conexo de facturación electrónica, el cual depende del mercado principal de la certificación digital, la Delegatura evaluó la posibilidad de que, a partir de una posible posición dominante por parte de **CERTICÁMARA** en el mercado principal, dicha empresa pretendiera obtener una ventaja competitiva en el mercado conexo de la facturación electrónica, encontrando que **CERTICÁMARA** no contaba con suficiente poder de dominio para que, unilateralmente, pudiera establecer las condiciones del mercado principal, en el cual solamente participan tres empresas. En tal sentido, tampoco se encuentra posible que la misma empresa lograra hacer uso de su poder de dominio en el mercado conexo, el cual es más atomizado que el principal, en razón a que el mismo cuenta con más de 10 empresas participantes.

Así, para esta Delegatura, partiendo de los elementos probatorios que reposan en el expediente, no existe violación alguna del régimen de protección de la competencia, en tanto que los hechos denunciados están totalmente justificados en virtud del vínculo accionario de las sociedades denunciadas.

DÉCIMO: Que en virtud de lo anteriormente expuesto, esta Delegatura no encuentra razón alguna para abrir una investigación formal en contra de **CERTICÁMARA** y la **CCB** por la presunta comisión de actos de competencia desleal administrativa, en tanto que los hechos denunciados corresponden a un comportamiento que no vulnera la buena fe mercantil y los usos honestos de los mercados colombianos.

De igual manera, tampoco se encontraron los elementos de juicio necesarios para poder subsumir la conducta de las personas jurídicas denunciadas en un presunto abuso de posición de dominio en el mercado conexo de la facturación electrónica, dado que las mismas no poseen la calidad necesaria para ser sujeto activo de dicha tipología de práctica restrictiva de la competencia.

Así, en virtud del análisis realizado previamente, concluye que no existe conducta alguna censurable por parte de **CERTICÁMARA**, la **CCB** ni de otras Cámaras de Comercio, por lo que se procederá al archivo y cierre del trámite radicado con el No. 12-84221. No obstante, debe advertirse que a pesar de lo resuelto en esta Resolución, la **SIC** tiene la facultad de retomar los hechos de la denuncia de oficio, si así lo estimase útil. De igual manera la Delegatura está dispuesta a evaluar nuevas pruebas o elementos de juicio adicionales que le permitan concluir en otro sentido, e iniciar una investigación formal en ejercicio de las facultades administrativas que se le han otorgado.

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura,

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado con el número 12-84221 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido del presente acto administrativo al señor **OSCAR MAURICIO MORENO** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.950.142, en su calidad de quejoso, entregándole copia del mismo e informándole que en contra de la misma procede recurso de reposición, el cual puede interponerse ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

PARAGRAFO: De no ser posible la notificación personal, el presente acto administrativo se notificará a través de edicto, el cual se fijará por un plazo de tres (3) días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

27 JUN 2014

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,


GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Elaboró: Carlos Dovale / Sergio Guerrero
Revisó: Juliana Chinchilla 
Aprobó: Germán Bacca

Notificar:

Señor
OSCAR MAURICIO MORENO
C.C. No. 79.950.142
oscarmoreno@fymtech.com
Carrera 11 A No. 93 – 94 Oficina 303
BOGOTÁ D.C.