

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, “*por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, fundamento jurídico sobre el cual se funda la consulta objeto de la solicitud, procede la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** a emitir un pronunciamiento, en los términos que a continuación se pasan a exponer:

1. CUESTIÓN PREVIA

Reviste de gran importancia precisar en primer lugar que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO a través de su Oficina Asesora Jurídica no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular, debido a que, una lectura en tal sentido, implicaría la flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido en la Sentencia C-542 de 2005:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”.



Ahora bien, una vez realizadas las anteriores precisiones, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

2. OBJETO DE LA CONSULTA

En esta oportunidad se trata de resolver una consulta presentada ante esta Entidad en la cual se señala:

“(…)

Por medio de la presente me permito solicitar, información sobre la COLUSIÓN.

1) *DEFINICIÓN.*

2) *ACTOS DE COLUSIÓN.*

3) *NORMAS QUE LE DAN COMPETENCIA A LA SIC PARA EJERCER LA FUNCIÓN DE VIGILANCIA DE LA COLUSIÓN.*

4) *MECANISMOS QUE TIENE LA SIC PARA COMBATIR LA COLUSIÓN.*

(…)”

Así las cosas, precisado el alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta y delimitado el objeto de la presente consulta se pasará a absolverla.

A continuación, para la consulta realizada, se expondrán aspectos fundamentales en materia de protección a la competencia y prácticas restrictivas de la competencia.

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

De manera general, y según las atribuciones conferidas por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 4886 de 2011, corresponde a esta Entidad, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección del consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administrar el sistema nacional de la propiedad industrial, así como tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma, y conocer y decidir los asuntos jurisdiccionales en materia de protección del consumidor, competencia desleal y propiedad industrial.



A continuación se expondrá con más detalle las facultades de esta Entidad, haciendo mención de la normatividad que otorga dichas competencias.

3.1. FACULTADES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Desde el punto de vista constitucional a esta Superintendencia le corresponde velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

De manera general, y de conformidad con lo previsto en el Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de la protección de la libre competencia:

(i) vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica;

(ii) imponer a personas jurídicas y naturales las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iii) decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia;

(iv) autorizar en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o demás normas que la modifiquen o adicionen;

(v) conceder los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio;

(vi) pronunciarse en los términos de la ley, sobre la fusión, consolidación, adquisición del control de empresas e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada, y analizar el efecto de los procesos de integración o reorganización empresarial en la libre competencia.



En ese sentido, de acuerdo al artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta Entidad “[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá 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 cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

4. PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, dispone:

“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.”

De acuerdo con lo anterior, las normas sobre prácticas comerciales restrictivas prohíben y establecen sanciones para quienes incurren en conductas que tengan por objeto o como efecto la alteración de la libre competencia en el mercado, las cuales pueden revestir la forma de actos o acuerdos anticompetitivos o de abuso de posición dominantes.

El numeral 1 del Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define “acuerdo” como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Asimismo, el numeral 2 del citado Artículo define “acto” como “[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica”; y el numeral 5 define “posición dominante” como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

El Decreto 2153 de 1992, en sus Artículos 47, 48 y 50 señala, de manera enunciativa, los acuerdos y actos que se consideran contrarios a la libre competencia y las conductas que constituyen abuso de posición dominante. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en la cláusula de prohibición general establecida en el Artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en concordancia con el Artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

4.1. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

En términos de acuerdos contrarios a la libre competencia, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, dispone:



“Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros;*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores;*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos;*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones;*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción;*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.***
- 10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.” (Negrillas fuera del texto)*

4.2. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.

El ostentar la posición de dominio en un mercado no constituye por sí sola infracción alguna a las normas de libre competencia. Es el abuso de la misma el que puede constituir una práctica anticompetitiva.

No obstante, resulta claro que para que se pueda hablar de abuso de posición dominante la empresa de la que se predica dicho abuso debe



ostentar efectivamente dicha posición dentro del mercado, de tal suerte que para establecer si hay abuso es preciso determinar la existencia efectiva de la posición dominante.

Establecida la posición de dominio, se puede continuar con el estudio de los ingredientes normativos de las conductas que según el Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el Artículo 16 de la Ley 590 de 2000, constituyen abuso de la misma en el mercado, como sigue:

“1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos;

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas;

“3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones;

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

4.3. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.

Son actos contrarios a la libre competencia, de acuerdo con el Artículo 48 del Decreto 2153, los siguientes:

“1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influenciar a una empresa para que incremento los precios de sus productos o servicio o par que desista de su intención de rebajar los precios.



3. *Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.*

5. COLUSIÓN

5.1. DEFINICIÓN

La colusión ha sido definida como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero o a una de las partes. Entonces, cuando los oferentes coluden entre sí para distorsionar el proceso licitatorio, la adjudicación sería el producto de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia.

En este sentido, cuando se realizan acuerdos entre los proponentes para no competir, para distribuirse adjudicaciones de contratos y concursos o fijar los términos de las propuestas, se está incurriendo en una práctica contraria a la libre competencia, tal y como lo describe el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así:

“(...) 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. (...)”.

En este sentido, tenemos que el artículo 45 del mismo decreto define un acuerdo como todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas. De manera tal que un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permitan colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta mancomunada.

Así las cosas, las conductas colusorias pueden darse (i) durante la etapa de elaboración de los pliegos de condiciones cuando existe intercambio de información entre los funcionarios de la entidad y los futuros proponentes; (ii) durante la presentación de ofertas, presentando ofertas que no tienen posibilidad de obtener adjudicación, acordando la abstención de uno o más competidores o el retiro de las ofertas, acordando turnos para ganar o repartiéndose el mercado o las zonas geográficas; y (iii) durante la ejecución del contrato, recurriendo a técnicas como la subcontratación, para vincular a los demás postulantes que no fueron escogidos o la utilización de la figura de la cesión del contrato, por ejemplo.

Luego, la configuración de la conducta descrita puede presentarse cuando exista un acuerdo, contrato, convenio, concertación o práctica concertada, que tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, o que tenga como efecto la



distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas, que puede probarse por cualquier medio de prueba señalado en la Ley.

5.2. PROCEDIMIENTO POR INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE COMPETENCIA Y PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

El procedimiento que seguirá la Superintendencia de Industria y Comercio para investigar y sancionar comportamientos que como el de colusión en licitaciones violan las normas de protección de la competencia, será el previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, que es el siguiente:

”Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.



En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1. Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas.

Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

Adicionalmente, le informamos que información de interés general sobre prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo el procedimiento que se lleva a cabo en esta Entidad en estos casos, lo puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

6. CONCLUSIONES

La Superintendencia de Industria y Comercio, por mandato legal, es la encargada de velar por la libertad económica y la libre competencia, derechos constitucionales, que encuentran límite en el bien común. En este sentido, ésta Superintendencia vigila el cumplimiento de las normas sobre protección de la libre y prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

La normatividad sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia establece de manera enunciativa, más NO taxativa, las conductas contrarias a la libre competencia. Así las cosas, tenemos que las Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia señala en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, los acuerdos y actos que se consideran contrarios a la libre competencia y las conductas que constituyen abuso de posición dominante.

Sin embargo, en términos de Prácticas Comerciales Restrictivas, como ya se ha mencionado, esta lista NO es de carácter taxativo, por lo tanto pueden existir conductas, no mencionadas en las normas citadas, que sean contrarias a la libre



competencia y sean susceptibles de investigación. Para este propósito encontramos la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En el caso de la colusión, tenemos que esta se define como la acción o efecto de coludir, es decir, el hecho o circunstancia de pactar en contra de un tercero o a una de las partes. En este sentido, cuando se realizan acuerdos entre los proponentes para no competir, para distribuirse adjudicaciones de contratos y concursos o fijar los términos de las propuestas, se está incurriendo en una práctica contraria a la libre competencia, tal y como lo describe el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, si una persona considera que para algún caso se configura una colusión, o cualquier otra práctica comercial restrictiva de la libre competencia, podrá presentar una denuncia ante esta Superintendencia, adjuntando las pruebas que considere pertinentes, para que la Delegatura correspondiente atienda esta denuncia, estudie el caso y determine si existen argumentos suficientes para iniciar una investigación formal al respecto.

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José Andrés Sánchez R.
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

