

Bogotá D.C.,

10

|  |                            |
|--|----------------------------|
| SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO |                            |
| RAD: 11-130722- -00005-0000              | Fecha: 2011-12-02 19:09:20 |
| DEP: 10 OFICINAJURIDICA                  |                            |
| TRA: 113 DP-CONSULTAS                    | EVE: SIN EVENTO            |
| ACT: 440 RESPUESTA                       | Folios: 1                  |

Señor  
**CAMILO PABON ALMANZA**  
paboncamilo@hotmail.com

Asunto: Radicación: 11-130722- -00005-0000  
Trámite: 113  
Evento: 0  
Actuación: 440  
Folios: 1

Estimado(a) Señor:

Con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Entidad con el número señalado en el asunto, en los siguientes términos.

#### 1. Objeto de la consulta

\n1. Dentro del contexto del precitado artículo [refiriéndose al artículo 1 de la Ley 155 de 1959], cuál es el contenido que la Superintendencia encuentra en las siguientes expresiones: a) prácticas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos; b) procedimientos tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos; c) sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos;

2. ¿Debe entenderse que la y en la expresión limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos, implica que se exige el cumplimiento de ambos supuestos de forma concomitante para considerar que hay una infracción a la prohibición general?

3. Finalmente, de acuerdo con lo expuesta por la entidad en las Resoluciones No. 1564 de 28 de enero de 2002 y No. 14540 de 15 de mayo de 2002 -entre otras-, ¿debe entenderse que la estructuración de responsabilidad de una empresa por violación de la prohibición general debe analizarse a la luz de la regla de la razón?\n".

#### 2. Facultades generales de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las atribuciones conferidas por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, corresponde a esta entidad, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, protección de la competencia, administrar el sistema nacional de la propiedad industrial, así como tramitar, decidir los asuntos

relacionados con la misma, y conocer y decidir los asuntos jurisdiccionales en materia de protección al consumidor y competencia desleal, y ejercer control y vigilancia de las cámaras de comercio, sus federaciones y confederaciones.

### 3. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia

De manera general, las facultades legales del Superintendente de Industria y Comercio y del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de acuerdo con los artículos 3 y 8 del Decreto 3523 de 2009 (modificado por el Decreto 1687 del 2010) y 7 de la Ley 1340 de 2009 son: (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, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, y ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia, y, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a 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, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga, realizar el seguimiento de las garantías así como de los condicionamientos establecidos por este cuando conoce de solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas, y solicitar explicaciones sobre el incumplimiento de las mismas.; (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 los casos en que participen exclusivamente entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y sugerir de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado. Igualmente, podrá ordenar cuando sea procedente conforme a la ley, la reversión de una operación de integración empresarial; (vii) contribuir, por medio de conceptos previos, no vinculantes, a que los actos administrativos expedidos por las autoridades de regulación, que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, alcancen los objetivos de política pública previstos en las leyes sin imponer restricciones indebidas a la libre competencia, siguiendo el procedimiento que para el efecto se ha señalado en el

Decreto 2897 de 2010.

#### 4. Régimen de protección de la competencia

La preceptiva en materia de protección de la competencia, aplicable a conductas con origen y efecto en el territorio colombiano, está conformada por los artículos 333 a 336 de la Constitución Política y numerosas leyes, decretos, circulares y resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, de las cuales mencionaremos las fundamentales: (i) Ley 155 de 1959, por la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, (ii) Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictaron normas en materia de protección de la competencia, (iii) Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictaron otras disposiciones, (iv) Decreto 3523 de 2009, por el cual se modificó la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, (v) Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, Título VII, sobre prácticas comerciales restrictivas e integraciones empresariales, (vi) Resolución 69916 de 2009, por la cual la Superintendencia de Industria y Comercio determina las tarifas correspondientes a la contribución por garantías y condicionamientos, (vii) Resolución 73849 de 2010, por la cual se establecen los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta para informar una operación de integración durante el 2011, (viii) Resolución 35006 de 2010, por la cual se imparten instrucciones sobre el procedimiento para la autorización y notificación de las operaciones de integración empresarial, y (ix) Resolución 2058 de 2009, por la cual la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones establece los criterios y las condiciones para determinar mercados relevantes y para la existencia de posición dominante en dichos mercados.

Las normas sobre prácticas comerciales restrictivas prohíben y establecen sanciones para quienes incurrir 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 la posición dominante, con el propósito de garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Son aplicables a 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.

Por todo lo anterior, todo agente del mercado debe evaluar su comportamiento teniendo en cuenta que si para atraer la clientela utiliza medios no basados en el esfuerzo propio ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece podría estar incurriendo en competencia desleal, y que si acuerda con sus competidores o realiza actos que restringen la competencia, impiden la libre participación de las empresas en el mercado o imposibilitan que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios, podría estar incurriendo en prácticas comerciales restrictivas.

#### 5. Respuesta al cuestionario

1. a), b) y c) "Dentro del contexto del precitado artículo [refiriéndose al artículo 1 de la Ley 155 de 1959], cuál es el contenido que la Superintendencia encuentra en las siguientes expresiones: a) 'prácticas', 'procedimientos' o 'sistemas' tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"

Respuesta: La Superintendencia de Industria y Comercio, a través de la Resolución 37790 de 2011 ha interpretado los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así:

"Prácticas, procedimientos o sistemas". En la norma deben entenderse como el ejercicio de actividades unilaterales o plurilaterales sin distinguir por quién son estas desarrolladas.

"Tendiente a mantener o determinar". Este vocablo indica que la norma no castiga exclusivamente el efecto, sino que el desarrollo de la práctica tenga como fin limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos. De tal manera que para determinar que una práctica, procedimiento o sistema tiende o tendió a determinar o mantener precios inequitativos es necesario que se verifique: i) que en efecto se determinó o mantuvo un precio inequitativo; o ii) que la misma es idónea para determinar o mantener precios inequitativos.

"Precios inequitativos" o excesivos. Son precios en niveles artificiales y significativamente altos frente a la naturaleza misma del mercado, que representan fallas que conducen a distorsiones que suelen ser interpretadas como explotativas(1) Es una conducta explotativa en la que una empresa dominante toma ventaja de los consumidores mediante el uso desproporcionado de su poder de mercado para cobrar precios excesivos(2).

2. "¿Debe entenderse que la 'y' en la expresión 'limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos', implica que se exige el cumplimiento de ambos supuestos de forma concomitante para considerar que hay una infracción a la prohibición general?"

Respuesta: El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 reprocha dos tipos de actos: En primer lugar, prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. En segundo lugar, y en consonancia con la prohibición anterior aunque conformada por dos prohibiciones, prohíbe en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y(3) a mantener o determinar precios inequitativos.

En relación con el primer supuesto, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio(4) que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma, no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como

restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por él mismo restrictivo.

Frente al segundo supuesto, la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, se podría interpretar exigiendo que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término, debe mantener o determinar precios inequitativos. Sin embargo, esta Superintendencia ha considerado que tal interpretación es errada. En efecto, tal como está contemplado en el artículo de la referencia, la ley pretende prohibir aquellas "prácticas, procedimientos o sistemas" que tiendan a limitar la libre competencia y aquellas "prácticas, procedimientos o sistemas" que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos. No es, como dice parte de la doctrina, una sola prohibición sino dos.

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

1) Los acuerdos "que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros".

2) "Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"

3) "Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a" "mantener o determinar precios inequitativos".

3. "Finalmente, de acuerdo con lo expuesto por la entidad en las Resoluciones No. 1564 de 28 de enero de 2002 y No. 14540 de 15 de mayo de 2002 -entre otras-, ¿debe entenderse que la estructuración de responsabilidad de una empresa por violación de la prohibición general debe analizarse a la luz de la "regla de la razón"?"

Respuesta: Sea lo primero aclarar que la regla de la razón y la regla per se son métodos para determinar la ocurrencia o existencia de una conducta anticompetitiva y no precisamente para establecer la responsabilidad de los investigados. En la Resolución 1564 del 28 de enero de 2002 esta Superintendencia no tomó posición alguna con respecto a la aplicación de la regla de la razón o de la regla per se. En el marco del proceso administrativo al que pertenece la mencionada resolución, estos términos fueron utilizados por el recurrente dentro de su argumentación contra el acto administrativo 01-018336 del 30 de noviembre de 2002 (mediante el cual se determinó la inexistencia de mérito para iniciar investigación por competencia desleal contra la Secretaría de Tránsito de Bucaramanga, por falta de legitimación pasiva), considerando que las normas sobre prácticas comerciales restrictivas eran aplicables a casos de competencia desleal, circunstancia que fue aclarada por la Superintendencia en la Resolución 1464 de 2002.

En la Resolución 14540 del 15 de mayo de 2002 la Superintendencia de Industria y Comercio explicó los dos métodos de análisis de conductas anticompetitivas, para concluir que la regla per se resultaba de forzosa aplicación en el caso concreto al momento de analizar los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación

directa o indirecta de precios, por estar específicamente tipificado en nuestra legislación.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad de personas jurídicas en conductas anticompetitivas, lo que se dijo en la Resolución 14540 de 2002 es que la proscripción de la responsabilidad objetiva no es aplicable en derecho administrativo sancionatorio, por cuanto sus finalidades y procedimientos son diferentes a las del derecho penal, en cuyo ámbito la ley sí ha dispuesto su aplicación expresamente, y en consecuencia las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa. Con base en lo anterior, concluyó la entidad que "la conciencia de los investigados de comportarse en forma unísona debe demostrarse por ser este un elemento de la forma de acuerdo que se analiza, más las motivaciones o el fin ulterior que se tuvo en mente para obrar de esa manera resultan ajenas a la composición de la norma, por lo que no es menester su demostración."

Para mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y de las normas objeto de aplicación por parte de esta entidad, puede consultar nuestra página en Internet, [www.sic.gov.co](http://www.sic.gov.co).

Notas de referencia:

(1) Ver H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Harvard university Press, Cambridge, Mass. 2005), p. 112

(2) O'DONOGHUE Y PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, p. 195

(3) Real Academia de la Lengua Española.- Consulta elevada en el mes de noviembre de 2004, en el desarrollo del expediente No. 04-047600. El departamento de español al día, responde: "Según lo entiende,ps, quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos".

(4) Véase: Numeral 1, artículo 45, Decreto 2153 de 1992. Dice el numeral citado: "Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas".

Atentamente,

**WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO**  
Jefe Asesor de la Oficina Jurídica

