

Bogotá D.C.

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 13-95042- -1-0 **FECHA:** 2013-05-27 16:17:05
DEP: 10 OFICINA ASESORA **EVE:** SIN EVENTO
JURIDICA
TRA: 113 DP-CONSULTAS **FOLIOS:** 005
ACT: 440 RESPUESTA

Señor
JAIME ERNESTO ARIAS
CALLE 146 # 7 B 81 apto 502
BOGOTA D.C.--COLOMBIA

Asunto: Radicación: 13-95042- -1-0
 Trámite: 113
 Evento:
 Actuación: 440
 Folios: 005

Estimado(a) Señor:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, damos respuesta a su comunicación radicada en esta Entidad con el número de la referencia, en los siguientes términos:

1. Consulta

En su escrito expone la situación relativa a unos medidores de energía, manifestando su inconformidad con la actuación de la empresa prestadora del servicio. Al respecto consulta:

“... todo lo que hace la empresa en contra de la libre competencia no configura una posición dominante?...”

Sea lo primero anotar que la respuesta se dará únicamente teniendo en cuenta el marco de nuestras competencias en materia de protección de la competencia y acorde con las funciones establecidas en el Decreto 4886 de 2011.

2. Materia objeto de consulta - Falta de competencia de la SIC

De acuerdo con las atribuciones conferidas por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 4886 de 2011 y el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, corresponde a esta entidad, en general, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, protección de la competencia, protección de datos personales y 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 al consumidor, competencia desleal y propiedad industrial.

Entendemos que elevó su consulta a la Superintendencia de Industria y Comercio en consideración a que, como autoridad nacional de competencia, tiene a cargo la represión del abuso de la posición dominante en el mercado. A continuación, le explicaremos la diferencia entre la posición dominante en el mercado y la posición dominante contractual, donde radica la razón de la falta de competencia de esta entidad para absolver su consulta.

2.1. La posición dominante en el mercado, el poder de mercado y la posición de dominio contractual

La posición de dominio en el mercado es la definida en el artículo 45, inciso 5, del Decreto 2153 de 1992, como *"la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*. La referencia al mercado involucra el interés público en que se mantenga la libertad económica garantizada constitucionalmente, según consta en el artículo 333 de la Carta Política, e implica la obligación del Estado de impedir que se obstruya o se restrinja tal libertad y evitar o controlar cualquier abuso de esa posición dominante en el mercado nacional. Es por tal motivo que el legislador, a través del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, le ha conferido a la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera privativa, facultades para llevar a cabo investigaciones administrativas y aplicar sanciones por infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, como la descrita en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992: abuso de la posición dominante.

En Sentencia T-375 de 1997, la Corte Constitucional precisó el concepto de posición de dominio, así: *"[l]a posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. Las normas sobre competencia se enderezan a evitar concentraciones en los mercados y, desde este punto de vista, pueden proponerse evitar que se den*

posiciones dominantes. Sin embargo, cuando éstas se presentan o cuando la ley las tolera, lo que puede obedecer a razones de eficiencia, lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente (C.P. art., 333)”.

En este mismo sentido, en Sentencia C-616 de 2001, el mismo colegiado consideró: *“[u]na empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y la decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado”.*

Está claro que en Colombia la posición de dominio no está proscrita, por sí misma, de tal manera que no toda actividad económica de una empresa dominante es abusiva. Como lo ha señalado la doctrina¹, *“la empresa dominante ha de poder desarrollar de forma leal y razonable sus actividades económicas normales en el mercado, como por ejemplo, mejorar la calidad de sus productos, su organización interna y externa, dar a conocer sus productos, adaptarlos a la demanda en su diversidad, calidad y cantidad, reducir los costes, fijar la política de ventas o compras que estime correcta, etc., aunque su buen hacer aumente su fuerza en el mercado. (...) Por lo tanto, dentro de la lógica del sistema, tampoco se considera abusivo el tomar una ventaja razonable y leal de la posición de dominio, si no concurre un beneficio injustificado en perjuicio de los otros agentes del mercado”.*

Pero la doctrina también ha manifestado que el reconocimiento de la posición de dominio de una empresa comporta importantes consecuencias²: *“que por su particular posición en el mercado, tiene especialmente el deber de conocer y prever razonablemente las consecuencias que sus conductas pueden tener en el mercado, a fin de evitar aquellas actuaciones que sean contrarias a la competencia y obrar en consecuencia. (...) también supone que la empresa dominante no sólo deberá abstenerse de realizar conductas típicamente monopolistas, sino también conductas que, aunque en sí mismas puedan ser legítimas y estar permitidas a empresas sujetas a una competencia suficiente, pueden producir o agravar un resultado abusivo. (...) la empresa dominante deberá velar no sólo por las conductas y resultados que se*

¹ JAUME PELLISÉ CAPELL. La Explotación Abusiva de una Posición Dominante. Editorial Civitas. Madrid, España. 2005. Páginas 300 y 301

² Ibídem, páginas 347 a 349.

produzcan dentro del mercado dominado, sino también por las conductas y resultados que puedan producirse o repercutir como consecuencia de su dominación, entre otros mercados próximos al mercado dominado."

Lo mismo se predica de quien ostenta poder de mercado³, en la medida en que su comportamiento afecte la libre competencia, en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Además, por ser la posición en el mercado un hecho dinámico que se desarrolla en el mercado, de comprobarse la posición de dominio de un agente del mercado (como puede ser una empresa de servicios públicos domiciliarios), que, por ejemplo, bajó sus precios por debajo de los costos y que fue con el objeto de eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos, será necesario analizar el mercado en la época en la que presuntamente se realizó la conducta.

Ahora, la posición de dominio contractual no es esta misma a la que hace referencia el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, pues se refiere a la posición privilegiada que adquiere una de las partes como consecuencia de la negociación de las condiciones que regirán el contrato. Siendo un fenómeno contractual, en principio, sólo interesa a las partes y los conflictos que se generen en su formación, desarrollo y terminación serán dirimidos por la justicia ordinaria o sometidos a solución alternativa si así lo determinan los contratantes. El conocimiento de estos conflictos no le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio por no involucrar el interés general en la libre competencia económica, cuya defensa fue la que se le atribuyó mediante Decreto 4886 de 2011, con fundamento en la Ley 1340 de 2009.

Por último, el control y vigilancia de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios es la Superintendencia de Servicios, en los términos establecidos en la Ley 142 de 1994, así que, en caso de considerar que ha existido una irregularidad en el manejo del suministro de medidores, usted podrá formular queja ante dicha entidad.

Si usted considera la existencia de un abuso de posición dominante, podrá presentar queja en esta Superintendencia, para lo cual deberá tener en cuenta las causales contenidas en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

³ GERMAN COLOMA. Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina 2003. Página 65. *"El concepto de poder de mercado parece ser un requisito indispensable para que una empresa pueda tener posición dominante, en el sentido de que dicho poder es el que le permite a las empresas dominantes tener un margen para influir sobre los precios y otras condiciones que rigen en los mercados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la posición dominante (que es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene), el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona (o, eventualmente, por un grupo de personas que actúan de manera conjunta)."*

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: José González
Revisó: William Burgos
Aprobó: William Burgos