

Bogotá D.C., 4 de junio de 2021

{Datos Personales eliminados en virtud de la Ley 1580 de 2012}

Asunto: Radicación: 21-
Trámite: 113
Actuación: 440
Folios: 7

Reciba cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II 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. OBJETO DE LA CONSULTA

Atendiendo a la solicitud por usted radicada ante esta Entidad a través su comunicación del 22 de abril de 2021 en la cual señala:

“De manera respetuosa solicito a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, lo siguiente:

PRIMERA. Puede indicarme si ésta Superintendencia ejerce facultades de Inspección, Vigilancia y Control por Riesgos.

SEGUNDA. Cuáles son las estrategias, metodologías, que tiene en cuenta ésta superintendencia para determinar cuáles son las empresas y las actividades más propensas a incurrir en incumplimiento y/o violaciones a las normas”.

Nos permitimos realizar las siguientes precisiones:



2. 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 realizada la anterior precisión, se suministrarán las herramientas de información y elementos conceptuales necesarios que le permitan absolver las inquietudes por usted manifestadas, como sigue:

3. CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS PREGUNTAS PRESENTADAS

En línea con lo anterior, nos permitimos responder a su interrogantes en los siguientes términos:

PRIMERA PREGUNTA. *Puede indicarme si esta Superintendencia ejerce facultades de Inspección, Vigilancia y Control por Riesgos.*

De acuerdo con la Corte Constitucional las funciones de inspección, vigilancia y control *“constituyen una manifestación del papel del Estado como regulador de la actividad económica, social y de interés público de los particulares, por cuanto permiten dictar las pautas de acción para los agentes, así como la posibilidad de intervenir ante posibles riesgos y corregir las eventuales falencias o actuaciones contrarias al interés público en las que incurran las entidades sometidas a estas atribuciones”*¹. (subrayado y negrilla fuera del texto).

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-851 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo. Dicha sentencia menciona: Al respecto, conviene anotar que, para la Corte, estas atribuciones de regulación implican: *“la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos, dar órdenes, llevar a cabo el seguimiento de las actividades económicas, o la potestad de imponer sanciones administrativas en el respeto del debido proceso y el derecho a la defensa”* Citada en Sentencia C- 429 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



En efecto, por mandato legal a esta Superintendencia, en particular por el Decreto 4886 de 2011, le corresponde, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de las normas sobre protección al consumidor, protección de la competencia, protección de datos personales, ejercer el control y verificación de los reglamentos técnicos y la metrología legal, ejercer el control y vigilancia de las Cámaras de Comercio, sus federaciones y confederaciones y administrar el sistema nacional de la propiedad industrial, así como tramitar y decidir los asuntos relacionados con la misma.

De hecho, en ejercicio de dichas funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio adoptó junto con el ICONTEC, la Norma Técnica Colombiana de buenas prácticas para la protección de la libre competencia -NTC 6378 de 2020-. Esta norma se adopta con el objeto de fomentar la promoción y protección del régimen de libre competencia económica en las organizaciones de diversos sectores de la economía colombiana en los términos del artículo 2^o de la Ley 1340 de 2009.

Con esta norma técnica se busca aportar en la construcción de una cultura de auto control y auto regulación en las organizaciones de cualquier sector, tipo y tamaño. De esta manera se promueve una cultura de libre competencia, la prevención de conductas que la lesionen y la mitigación de los riesgos asociados a su ocurrencia.

La norma NTC 6378 de 2020 es el resultado de un ejercicio conjunto que convocó a profesionales del derecho de la competencia, gremios, sectores académicos, grupos de consumidores, entre otros. La aplicación de esta norma es de carácter voluntario y no se prevé la utilización de ésta con propósitos de reglamentación.

En cumplimiento de la función de velar por el correcto funcionamiento de los mercados, uno de los aspectos incluidos en la norma NTC 6378 de 2020 fue la mitigación de riesgos asociados a la ocurrencia de conductas contrarias a la libre competencia, para ello se incluyó la definición de riesgos de la norma NTC-ISO 31000:2018 en el siguiente sentido:

“3.10 Riesgo. Efecto de la incertidumbre sobre los objetivos.

² **ARTÍCULO 2o. AMBITO DE LA LEY.** Adiciónese el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: *Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo 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 sea la actividad o sector económico.*

NOTA 1 Un efecto es una desviación respecto a lo previsto. Puede ser positivo, negativo o ambos, y puede abordar, crear o resultar en oportunidades y amenazas.

NOTA 2 Los objetivos pueden tener diferentes aspectos y categorías, y se pueden aplicar a diferentes niveles.

NOTA 3 Con frecuencia, el riesgo se expresa en términos de fuentes de riesgo, eventos potenciales, sus consecuencias y sus probabilidades”.

En los términos de la citada norma técnica, el riesgo es el efecto de la incertidumbre frente a los objetivos, efecto que puede ser positivo o negativo. En la norma es de especial relevancia los riesgos de ocurrencia de conductas anticompetitivas en la organización, por eso se orienta a la identificación de tal riesgo para la prevención de su ocurrencia. Busca que se analice el entorno y contexto en el que operan, prever los riesgos y contingencias legales y económicas que podrían generar la realización de una conducta anticompetitiva, entablar relaciones de confianza con los diversos participantes del mercado, mantener su reputación y buen nombre empresarial, así como, apoyar el cumplimiento de los fines corporativos.

La norma también define el pensamiento basado en riesgo de la siguiente manera: *“Capacidad de la organización en identificar situaciones que puedan permitir la materialización de conductas indebidas frente a la libre competencia económica”.*

Conforme con el numeral 5.6. de la norma técnica, la organización debe identificar y evaluar sus riesgos en un Programa de Protección para la Libre Competencia Económica. Esta evaluación se basa en una valoración de riesgos formal, para lo cual se recomienda a su vez acudir a la norma técnica NTC-ISO 31000:2018. De acuerdo con la mencionada norma:

“La organización debe identificar los riesgos de cumplimiento relacionando sus requisitos legales y otros requisitos con sus actividades, productos, servicios, aspectos pertinentes de sus operaciones y aquellos relacionados con los proveedores, los productos y servicios ofrecidos por ellos, los comercializadores y/o distribuidores, con el objetivo de identificar situaciones en las que pueden ocurrir lesiones a la libre competencia económica. La organización debe identificar las causas y las consecuencias de estos riesgos”.

Así mismo, la organización debe analizar los riesgos considerando las causas y las fuentes de las posibles situaciones y acciones que lesionan la libre competencia, y la gravedad de sus consecuencias, así como la probabilidad de que éstas ocurran y las consecuencias asociadas.



También se resalta de esta norma que debe haber una persona responsable del Programa, quien debe asegurar el cumplimiento de las acciones definidas para tratar los riesgos por parte del proceso asignado. La persona responsable del Programa debe realizar seguimiento y verificación del resultado de las acciones y conservar registro como evidencia de esta actividad.

De igual manera, en materia de protección de la competencia, el artículo 10 de la Ley 1340 de 2009 tiene un procedimiento administrativo en caso de integraciones empresariales que le permite a la Superintendencia de Industria y Comercio pronunciarse en relación con una operación de integración proyectada. En este procedimiento la Superintendencia recibe información que pueda aportar elementos de utilidad para el análisis de la operación proyectada y determina la procedencia de continuar con el procedimiento de autorización cuando no encuentre riesgos sustanciales para la competencia que puedan derivarse de la operación.

Por otro lado, en materia de protección al consumidor también se busca mitigar la posible ocurrencia de riesgos, por ejemplo, si el producto no cumple con los requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro, en cuyo caso la Superintendencia de Industria y Comercio puede adoptar medidas para prevenir que el producto afecte la salud o la integridad de los consumidores (numeral 14 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011³).

De igual manera, el artículo 1.2.2.3.3.1 del Título II de la Circular única de esta Superintendencia exige a cualquiera de los miembros de la cadena de producción, distribución y comercialización del sector automotor que conozca la existencia de un vehículo defectuoso, que por esta condición haya producido o pueda producir un evento adverso contra la salud, la vida o la seguridad de las personas, el deber de informarlo al Despacho del Superintendente Delegado para la Protección del Consumidor, señalando las medidas preventivas y/o correctivas a las que haya lugar.

Asimismo, en el Decreto 4886 de 2011, artículo 15, se menciona como una función de la Dirección de Investigaciones para el Control y Verificación de Reglamentos Técnicos y Metrología Legal la siguiente:

³ 14. Seguridad: Condición del producto conforme con la cual, en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro.

“7. Ordenar, en los términos previstos en el Decreto 3144 de 2008 o las normas que lo adicionen o modifiquen, que se suspenda la comercialización de un determinado producto o servicio cuando se tengan indicios graves de que se pone en riesgo el objetivo legítimo que se pretende proteger con el reglamento técnico cuya vigilancia le corresponda a la Superintendencia de Industria y Comercio”.

También, el artículo 59 de la Ley 1480 de 2011 otorga la facultad a la Superintendencia de Industria y Comercio de establecer la información que deba indicarse en determinados productos, la forma de suministrarla, así como las condiciones que esta debe reunir, cuando se encuentre en riesgo la salud, la vida humana, animal o vegetal y la seguridad, o cuando se trate de prevenir prácticas que puedan inducir a error a los consumidores.

En materia de protección de datos, en el Decreto 4886 de 2011, artículo 16, se menciona como una función del Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales:

“4. Disponer el bloqueo temporal de los datos cuando, de la solicitud y de las pruebas aportadas por el Titular, se identifique un riesgo cierto de vulneración de sus derechos fundamentales, y dicho bloqueo sea necesario para protegerlos mientras se adopta una decisión definitiva”.

En conclusión, desde el punto de vista de las funciones de inspección, vigilancia y control asignadas por la Ley y desarrolladas en el Decreto 4886 de 2011, así como cada una de las normas especiales, la Superintendencia tiene la facultad de dar órdenes, adoptar medidas, establecer lineamientos o guías para mitigar los posibles riesgos relacionados con dichas funciones.

SEGUNDA PREGUNTA. *Cuáles son las estrategias, metodologías, que tiene en cuenta ésta superintendencia para determinar cuáles son las empresas y las actividades más propensas a incurrir en incumplimiento y/o violaciones a las normas”.*

Si bien la SIC no cuenta con una estrategia o metodología global con enfoque de riesgos hacia el ejercicio de sus funciones de vigilancia, inspección y control, el marco jurídico que regula el ejercicio de sus competencias faculta en casos determinados actuaciones administrativas con base en la probabilidad de ocurrencia de un resultado no querido, como se explica en la respuesta a la anterior pregunta y en el caso de la norma NTC 6378 de 2020.

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://www.sic.gov.co/Doctrina-1>

En la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio estamos comprometidos con nuestros usuarios para hacer de la atención una experiencia de calidad. Por tal razón le invitamos a evaluar nuestra gestión a través del siguiente link <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ>

Atentamente,

ROCÍO SOACHA PEDRAZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Augusto Hernández Vidal
Revisó: Rocío Soacha Pedraza
Aprobó: Rocío Soacha Pedraza

