

Bogotá D.C.

Señor:

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1580 de 2012]

Asunto: Radicación: 22-294710
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 8

Cordial saludo.

De conformidad con lo previsto en la Ley 1755 de 2015, "[p]or 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", procede la Superintendencia de Industria y Comercio a emitir pronuncia miento sobre el objeto su consulta, en los siguientes términos:

1. OBJETO DE LA CONSULTA

A continuación, procedemos a atender el traslado parcial del concepto recibido por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, mediante el cual el solicitante consulta:

"1. Siendo la licitación un mercado ¿se limita la competencia por el mercado, si la institución financiera que domina la licitación condiciona la participación de los oferentes a que su propuesta abarque productos diferentes -como son los seguros de (i) incendios y terremoto y (ii) los de vida-, cuando éstos últimos podrían ser ofrecidos por compañías de seguros de vida que no pueden ofrecer los de incendio y terremoto?"

2. Siendo la licitación un mercado dominando por la institución financiera que realiza la licitación, ¿se obstaculiza el ingreso al mercado cuando se fijan condiciones que impiden a una compañía autorizada por la ley para presentar ofertas de un producto que podrían ofrecer, cuando ese producto no depende funcional ni estructuralmente de otros productos que también se licitan?"

3. Frente a las normas de libre competencia ¿se incurre en discriminación, si quien por ley está obligado a hacer una licitación la estructura fijando condiciones subjetivas que no pueden cumplir unas compañías, a pesar de que legalmente están autorizadas para ofrecer unos productos requeridos en la licitación y esos productos son en todo sentido indispensables de otros que también se licitan?"



4. *¿Tiende a limitar la libre competencia adelantar licitaciones en las que se fijan condiciones que impiden a una compañía legalmente autorizada para ofrecer”.*

2. CUESTIÓN PREVIA

Previo a dar respuesta a su consulta, es pertinente precisar que a través de este medio la Superintendencia de Industria y Comercio no está facultada para dirimir situaciones de carácter particular, debido a que una lectura en tal sentido implicaría una flagrante vulneración del debido proceso como garantía constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional manifestó en la Sentencia C-542 de 2005, que:

“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”.

En esa medida, no le corresponde a esta Entidad pronunciarse sobre aspectos específicos en una consulta o brindar la solución a una controversia. Por tal motivo, a través de este medio solo se suministran la información y los elementos conceptuales necesarios para que el peticionario halle una solución a su inquietud.

3. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA

En virtud del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única en materia de protección de la competencia. Dice la norma:

“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 cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

Asignación privativa de funciones avalada por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-172 de 2014, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

Dicho lo anterior, se aclara que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene, entre otras, las siguientes **funciones administrativas**: *i)* velar por la observancia del régimen general de protección de la competencia en los mercados nacionales, *ii)* 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, *iii)* imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por



violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

Además, esta Superintendencia cuenta con **funciones jurisdiccionales** en materia de competencia desleal, en virtud del literal b) del numeral 1 del artículo 24 del Código General del Proceso.

En desarrollo de lo anterior, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia conoce en primera instancia las **demandas** relacionadas con presuntas infracciones a la Ley 256 de 1996 o Ley de Competencia Desleal.

4. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Constitución Política adoptó como modelo económico *la economía social de mercado* en la cual la libre competencia y, por ende, la libre concurrencia al mercado de los diferentes agentes económicos es la columna vertebral. A partir de lo anterior, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia, catalogándola como un derecho colectivo¹ en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, así:

"ARTICULO 88. *La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos (sic), la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos".

(...)

ARTICULO 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 35143 de 2017.

El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

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.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".

Sobre las libertades que se derivan del artículo 333 de la Constitución Política, la Corte Constitucional en la Sentencia C-186 del año 2011², precisó:

"Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas".

De lo expuesto se concluye que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia. La libertad de empresa se manifiesta en la "(...) capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija"³, en tanto que, la libre competencia se traduce en "(...) la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela"⁴.

Para garantizar la libre competencia el legislador estableció el **régimen general de protección de la competencia**⁵, que integran la Ley 155 de 1959 que contiene algunas normas sobre

² Corte Constitucional. Sentencia C-186 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto

³ Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴ Gaceta del Congreso del 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal".

⁵ Ley 1340 de 2009. "ARTÍCULO 4°. Normatividad aplicable. La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de



prácticas comerciales restrictivas, el Decreto 2153 de 1992 en la que se encuentran algunos conceptos importantes sobre la materia, la relación de los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, entre otras disposiciones, la Ley 1340 de 2009 que introdujo modificaciones y nuevas disposiciones para garantizar la libre competencia, y las demás normas que modifiquen o sustituyan las normas mencionadas.

Además, se deben tener en consideración las disposiciones de la Ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.

5. POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO – Definición.

De conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, la posición de dominio puede definirse como *“la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.”*

Así, una empresa con posición de dominio en el mercado tiene la posibilidad de comportarse de manera relativamente independiente sin tener en cuenta a los demás competidores, a los clientes o a sus proveedores.

En Sentencia T-375 de 1997, la Corte Constitucional precisó el concepto de posición de dominio, así:

“(…) la 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)”.

protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas. En caso que existan normas particulares para algunos sectores o actividades, estas prevalecerán exclusivamente en el tema específico”.



En este mismo sentido, en la Sentencia C-616 de 2001 la Corte Constitucional se pronunció frente a la empresa con posición dominante en el mercado:

"Una 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 las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado".

La determinación de la posición de dominio de un mercado depende de muchas variables asociadas con la estructura de éste; razón por la cual es importante identificar las características particulares para establecer los índices más apropiados para el análisis.

Ahora bien, en este punto es importante indicar que, el hecho de tener posición de dominio en un mercado no constituye por sí sola infracción alguna a las normas de libre competencia, por tanto no está prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano. Es el abuso de esa posición el que puede constituir una práctica anticompetitiva.

Sobre el particular, el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 establece una serie de conductas que constituyen abuso de posición de dominio, las cuales son:

"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 ofrecen 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 de 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. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> *Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización*⁶.

En ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para analizar y definir si un determinado comportamiento es constitutivo de un abuso de posición dominante en el mercado.

A efectos de lo anterior, es importante tener en cuenta dos aspectos. De un lado, que el artículo 29 de la Constitución le exige que adopte su concepto definitivo sobre el particular en el marco del procedimiento administrativo correspondiente con la participación de las personas involucradas en la conducta analizada. Del otro, que la Superintendencia de Industria y Comercio debe desarrollar un análisis que comprende varias etapas sucesivas.

En primer lugar, deberá determinar las características propias del mercado en el que el comportamiento se realiza. Para ello, deberá establecer aspectos como el número de participantes, el nivel de concentración, la existencia de barreras a la entrada y a la salida, la competencia potencial y las condiciones en que opera la dinámica de competencia en ese mercado.

En segundo lugar, tendrá que establecer si el agente sobre el cual recae la actuación efectivamente tiene dominancia dentro del mercado relevante. Ese es un elemento indispensable para la configuración de una infracción por abuso de posición dominante.

En tercer lugar, debe determinar si la conducta analizada podría ser considerada significativa en los términos del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, esto es, si es idónea para afectar la libertad de participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

En cuarto lugar, tendrá que analizar si el comportamiento en cuestión es idóneo para limitar el derecho a la libre competencia o si generó ese resultado, en particular si se produjo una obstrucción a los mercados.

Por último, tendrá que establecer si esa conducta tiene eficiencias justificantes, derivadas de un análisis de economías de escala y de alcance, que permitan compensar las afectaciones que genera para la libre competencia.

6. CONSIDERACIONES FINALES

⁶ D. 2153/92, art. 50.



Expuesto el contexto necesario para dar respuesta a sus interrogantes, a continuación, procedemos a emitir pronunciamiento al respecto en los siguientes términos:

De conformidad con lo expuesto en el numeral 2 de este escrito, los conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se limitan a exponer pautas de acción sobre las materias a cargo de esta Superintendencia, mas no están destinados a interpretar o complementar contratos, actos administrativos o leyes, aunque se trate de casos hipotéticos.

Además, se precisa que la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio no está en capacidad de rendir un concepto abstracto sobre los supuestos que indica en su petición, mucho menos desde la perspectiva del abuso de la posición dominante. Un concepto de esa naturaleza requiere tener a disposición una cantidad considerable de información y la realización de un profundo análisis de carácter interdisciplinario en el marco de una actuación administrativa reglada por un procedimiento administrativo sancionatorio especial. Solo así es posible comprender con suficiencia el mercado relevante posiblemente afectado, la dinámica de competencia en ese contexto y el carácter competitivo o anticompetitivo de la conducta analizada, aspectos todos que son indispensables para determinar si se presentan los elementos de configuración de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio.

Con lo anterior damos respuesta a 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 la misma no compromete la responsabilidad de esta Superintendencia ni resulta de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

En la Oficina 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 enlace: <http://www.encuestar.com.co/index.php/2100?lang=esQ%>

Finalmente, le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por esta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://www.sic.gov.co/Doctrina>

Atentamente,

ÁLVARO YÁÑEZ RUEDA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Carolina Valderruten
Revisó: Álvaro Yáñez
Aprobó: Álvaro Yáñez

