

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

1.1. Del alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

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 en Sentencia C-542 de 2005 señaló 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”

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 elevar a Ustedes una consulta relacionada con la posibilidad o no de establecer precios de referencia para productos y servicios que tengan como base invenciones cuya propiedad intelectual es de nuestra compañía.

Nuestra duda es saber si es posible establecer un precio especial con descuento para las adquisiciones sobre los productos y servicios que sean realizadas por la empresa y que sean basados en activos de propiedad intelectual de la compañía sin que esto constituya una afectación a las normas sobre debida competencia?

(…)”

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 se expondrán aspectos fundamentales para la consulta realizada en materia de protección a la libre competencia.

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

De manera general, y de conformidad al Decreto 4886 de 2011 y la Ley 1340 de 2009, son facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio:

(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.

4. DE LA LIBRE COMPETENCIA

El artículo 333 de la Constitución Política consagra la libertad económica como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley.

En desarrollo de dicho precepto, la Corte Constitucional (sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero) ha definido esta libertad como “*la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio*”.

Como todos los derechos y libertades dentro del marco de un Estado Social de Derecho, dicha libertad no es absoluta, sino que se encuentra limitada por los derechos de los demás y por la prevalencia del interés general, por lo tanto, la actividad económica que emprenda cualquier persona, deberá respetar dichos límites.

Por regla general, exceptuando los precios que se fijan por el Gobierno Nacional y por las autoridades a las que en virtud de sus funciones les corresponde hacerlo, los distribuidores y expendedores, así como los prestadores de servicios, pueden establecer libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetarlo al consenso de otras voluntades.



El precio debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda, y, en relación con esto, traemos a colación, para su mayor entendimiento, lo manifestado por los autores Paula A Samuelson y William D Nordhaus, en su libro titulado Economía, editorial Mc Graw-Hill, Decimoquinta Edición, página 24.

“Los precios coordinan las decisiones de los productores y los consumidores en el mercado. Su subida tiende a reducir las compras de los consumidores y fomenta la producción. Su bajada fomenta el consumo y reduce los incentivos para producir. Los precios constituyen el engranaje del mecanismo del mercado. (...) El mercado encuentra el precio de equilibrio que satisface simultáneamente los deseos de los compradores y los vendedores. (...) los bienes y servicios que se producirán vienen determinados por los votos monetarios de los consumidores, (...) todos los días cuando éstos deciden comprar. (...) Los precios a los que los compradores desean adquirir exactamente la cantidad que los vendedores desean vender equilibran la oferta y la demanda”

Es decir, según lo disponen las reglas económicas, los consumidores a través de sus decisiones de consumo equilibran los precios a los que los proveedores desean vender.

5. EN MATERIA DE 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.

5.1. 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 constitúan 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)

5.2. 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.*”** (Negrillas fuera del texto)



5.3. 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. Influnciar 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” (Negrillas fuera del texto).

6. DE LA FIJACIÓN DE PRECIOS

En primer lugar, se hace necesario indicar que el La Ley 1480 del 12 de octubre de 2011 en el artículo 26 consagra la siguiente disposición sobre información pública de precios:

“ARTÍCULO 26. INFORMACIÓN PÚBLICA DE PRECIOS. El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado. Las diferentes formas que aseguren la información visual del precio y la posibilidad de que en algunos sectores se indique el precio en moneda diferente a pesos colombianos, serán determinadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Los costos adicionales al precio, generados por estudio de crédito, seguros, transporte o cualquier otra erogación a cargo del consumidor, deberá ser informada adecuadamente, especificando el motivo y el valor de los mismos. En el evento de que aparezcan dos (2) o más precios, que existan tachaduras o enmendaduras, el consumidor sólo estará obligado al pago del precio más bajo de los que aparezcan indicados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la presente ley.

Cuando el producto esté sujeto a control directo de precios por parte del Gobierno Nacional, el fijado por este será el precio máximo al consumidor y deberá ser informado por el productor en el cuerpo mismo del producto, sin perjuicio del menor valor que el proveedor pueda establecer.

PARÁGRAFO 1o. Los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el Diario Oficial y al menos en dos (2) diarios de amplia circulación nacional. Los proveedores y productores tendrán dos



(2) días a partir de la publicación en el Diario Oficial, para adecuar todos sus precios a lo ordenado por la autoridad.

PARÁGRAFO 2o. La Superintendencia de Industria y Comercio determinará las condiciones mínimas bajo las cuales operará la información pública de precios de los productos que se ofrezcan a través de cualquier medio electrónico, dependiendo de la naturaleza de este.”

En consecuencia, el precio que se suministre al consumidor debe corresponder al precio total del producto, incluyendo, desde luego, los cargos adicionales o impuestos, con el fin de evitar una posible inducción a error por el suministro de información insuficiente y/o carente de veracidad. El precio debe ser anunciado visualmente, a través de uno de los medios señalados por esta Superintendencia para la indicación pública de precios.

Por regla general los distribuidores y expendedores, así como los prestadores de servicios, podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda.

La excepción al citado régimen general de libertad de precios la constituye el régimen de control de precios, en el cual los precios son fijados por las autoridades competentes señaladas en el artículo 61 de la Ley 81 de 1988 y se aplica a algunos específicos productos y servicios.

En línea con lo anterior, excepcionalmente el Estado podrá intervenir en la política de precios en ejercicio de las facultades constitucionales anteriormente señaladas y, de esta forma, puede intervenir los precios bajo alguno de los regímenes de control directo, de libertad regulada o de libertad vigilada.

La Ley 81 de 1988, “*por la cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico, se determinan las funciones de sus dependencias, se deroga el Decreto legislativo número 0177 del 1° de febrero de 1956, se dictan normas relativas a los contratos de fabricación y ensamble de vehículos automotores y a la política de precios y se dictan otras disposiciones*”, establece en sus artículos 60 y 61 los mecanismos mediante los cuales el Estado podrá ejercer el control de precios y las entidades que pueden establecer la política de precios y su aplicación.

En relación con el tema, el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto del veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006), Radicación. 1728, Referencia: Control de precios de agroquímicos, expresó:



“La ley 81 de 1988, por la cual se reestructuró el entonces Ministerio de Desarrollo y se dictaron normas en materia de política de precios, prevé las diversas modalidades de intervención –artículo 60- según su intensidad, la cual va desde el ejercicio pleno de la iniciativa privada, solo sujeto al cumplimiento de unas cargas de información, o bien al establecimiento de parámetros para su fijación por las partes, hasta la determinación administrativa del precio máximo en la que se limita la autonomía negocial de los contratantes de un bien o servicio respecto de la contraprestación económica, mediante la fijación de un tope. Así, el artículo 60 de la ley 81 de 1988, distingue entre: “i) Régimen de control directo: la entidad fija, mediante acto administrativo - resolución, el precio máximo, en cualquiera de sus distintos niveles, que los productores y distribuidores podrán cobrar por el bien o servicio en cuestión; “ii) Régimen de libertad regulada: la entidad fija los criterios y la metodología con arreglo a los cuales los productores y distribuidores pueden determinar o modificar, los precios máximos en cualquiera de sus niveles respecto a los bienes y servicios sometidos a este régimen; “iii) Régimen de libertad vigilada: los productores y distribuidores determinan libremente los precios de los bienes y servicios en cuestión, bajo la obligación de informar en forma escrita a la respectiva entidad sobre las variaciones y determinaciones de sus precios, de acuerdo con la metodología que la entidad determine.”

7. DEL CASO CONCRETO

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, prácticas comerciales restrictivas de la competencia, y competencia desleal.

En ejercicio de la libertad económica que rige nuestro país, la fijación de precios de los productos y servicios ofrecidos por las empresas es producto de la ley de oferta y demanda, además de la estructura de costos y utilidades definidas por cada organización.

Sin embargo, existe una excepción al citado régimen general de libertad de precios: el régimen de control de precios. Bajo este régimen, los precios son fijados por las autoridades competentes señaladas en el artículo 61 de la Ley 81 de 1988 y se aplica a algunos específicos productos y servicios.

En línea con lo anterior, excepcionalmente el Estado podrá intervenir en la política de precios en ejercicio de las facultades constitucionales anteriormente señaladas y, de esta forma, puede intervenir los precios bajo alguno de los regímenes de control directo, de libertad regulada o de libertad vigilada.

Dentro de este régimen de precios, encontramos también las normas de protección a la libre competencia, en particular las correspondientes a las



prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Dentro de estas disposiciones que vigilan esta libertad de precios en beneficio de la libre competencia, a saber:

- Acuerdo contrario a la libre competencia: Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, numeral 1: *“Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”*.
- Abuso de la posición dominante: Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, numeral 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”*.
- Acto contrario a la libre competencia: Artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, numeral 2: *“Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicio o par que desista de su intención de rebajar los precio.”*

Así las cosas, la fijación de precios es libre en Colombia, en virtud del derecho a la libertad económica consagrado en la Constitución Política de 1991, y responde a la estructura de costos y márgenes de cada empresa, al igual que a la relación de oferta y demanda de los mercados. Sin embargo, existen excepciones, reguladas legalmente, en las cuales el Estado puede entrar a determinar los precios o establecer límites a los mismos. De la misma manera, la libertad de fijación de precios tiene un límite en las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia, donde los precios que se fijan no pueden: i) fijarse directa o indirectamente con un fin contrario a la libre competencia, ii) fijarse por debajo de los costos cuando el objeto de este precio sea eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada de éstos, y iii) fijarse para influenciar a una empresa para o bien subir o bajar sus precios y obtener beneficios de esto.

Por último, con los anteriores elementos de juicio, si usted considera que para algún caso particular existe la presencia de una práctica que se configura como competencia desleal, o de una infracción a los derechos de propiedad industrial, podrá presentar una denuncia ante esta Entidad, adjuntando las pruebas que considere pertinentes para que la Delegatura correspondiente determine si existe mérito suficiente para iniciar una investigación formal.

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

