

Bogotá D.C.,

10

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	
RAD: 15-117474- -00001-0000	Fecha: 2015-07-03 17:22:08
DEP: 10 OFICINAJURIDICA	
TRA: 113 DP-CONSULTAS	EVE: SIN EVENTO
ACT: 440 RESPUESTA	Folios: 1

Doctor
GIOVANNY CALLE
direccion@meqenergetica.com

Asunto: Radicación: 15-117474- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Doctor:

Damos respuesta a la comunicación radicada bajo el número de referencia, para contestar su consulta en los estrictos términos del artículo 25 del Código de lo Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

En este caso, se contestará la siguiente pregunta:

"¿[Q]ué mecanismos de cobro puedo tener con mis clientes, es decir puedo establecer a libre negociación con mi cliente un precio por kWh por debajo del precio de las empresas de servicios públicos?"

Con un concepto no es posible que esta Entidad se pronuncie sobre situaciones particulares, ya que esto iría en contra de la garantía constitucional del debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional explicó, en su 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".

Es por lo anterior que lo que haremos será darle elementos conceptuales, considerando las normas sobre protección al consumidor y de protección de la competencia, para brindarle mayores elementos de juicio.

2. FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La SIC, como autoridad nacional de protección de la competencia, y de conformidad con el Decreto 1074 de 2015 y la Ley 1340 de 2009, entre otros, le corresponde:

- a) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica;
- b) Conocer las reclamaciones o quejas que se presenten por hechos que afecten la libre competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a las que sean significativas;
- c) Imponer a personas naturales y jurídicas las multas que procedan por violación a las disposiciones sobre protección de la competencia;
- d) 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 violatorias de estas disposiciones y;
- e) Conceder beneficios por colaborar en el marco de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

3. LA LIBRE COMPETENCIA

El artículo 333 Superior consagra en su segundo inciso que la “libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Los ciudadanos deben gozar de los beneficios de la libre competencia, que son, básicamente, tres (3): la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. La Corte Constitucional ha sostenido que este artículo reconoce dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia. Al respecto ha señalado:

“La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.

“Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios.” [Subrayas fuera de texto]

Como lo señala la Corte, el bienestar del consumidor es el resultado natural de la libre competencia, por lo que es uno de los fines perseguidos a la hora de aplicar normas

sobre libre competencia.

4. LOS PRECIOS

Las empresas, por regla general, deben fijar sus precios de manera independiente, teniendo en cuenta las condiciones del mercado. Esto es, a menos que exista alguna regulación que establezca precios mínimos o máximos para un determinado producto. A continuación, se explicará en qué consisten algunas de las conductas que podrían resultar restrictivas de la competencia, relacionadas con la fijación de precios.

4.1 LA PROHIBICIÓN GENERAL

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 estipula:

“ARTICULO 1º. Ley 155 de 1959.- 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.

“PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de 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”.

Esta entidad ha entendido que la norma citada prohíbe:

- a) 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;
- b) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y;
- c) Toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Para determinar si un precio es inequitativo, esta Superintendencia, en su Resolución No. 76724 de 2014, aplicó los siguientes parámetros:

“Para este Despacho, constituyen prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a fijar precios inequitativos, aquellas conductas encaminadas a la determinación de un precio que no tiene en cuenta las reglas del mercado y el libre juego e la oferta y la demanda, todo lo cual deberá ser determinado teniendo en cuenta el tipo de producto, servicio o cargo bajo examen, las particularidades económicas y jurídicas del mercado, y el contexto en el cual ha sido fijado el precio.

“La importancia de estudiar el contexto en el que se analiza la conducta tendiente a fijar un precio determinado radica en que las condiciones de mercado que se deben tener en cuenta para cada caso concreto son diferentes. Así, por ejemplo, es claro para este

despacho que un monopolista o empresario dominante de un bien o servicio determinado puede fijar sus precios hasta el punto en que sea la misma demanda que le ponga un límite, evento en el que la Autoridad de competencia deberá actuar con suma cautela al decidir aplicar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.”

4.2 LOS ACUERDOS DE FIJACIÓN DE PRECIOS

Un acuerdo, según el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es “Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas”. Así, habrá un acuerdo si las empresas se ponen de acuerdo para eliminar los riesgos propios de la competencia. Para que haya un acuerdo, es necesario que:

- a) Haya pluralidad de voluntades: En un acuerdo intervienen dos o más sujetos económicos independientes.
- b) Tengan por objeto o como efecto limitar la libre competencia

Un tipo de acuerdos que restringen la competencia son los acuerdos de restricción de precios. Si dos o más empresas se ponen de acuerdo para fijar precios, sin importar que los precios sean superiores, inferiores o iguales a los del mercado, infringirán las normas sobre libre competencia.

Esta norma busca que cada empresa defina, con sus propios arreglos, los precios de sus productos. Los precios se deben fijar de manera natural en relación con la estructura de costos de la empresa. En otras palabras, se debe fijar por el libre juego de la oferta y la demanda.

Con acuerdos de fijación de precios, las empresas pierden sus incentivos para competir por precios, y los consumidores pierden la posibilidad que tienen de elegir entre una amplia variedad de precios.

Para concluir, se puede decir que ningún acuerdo puede resultar en una fijación artificial de los precios.

En consecuencia, y para responder su consulta, como quiera que esta Oficina no puede emitir conceptos en casos particulares, como el que usted plantea en su escrito, se puede decir que el precio lo debe fijar cada agente del mercado, de manera unilateral y no concertada, a menos que haya una regulación específica sobre el precio en el mercado en cuestión.

Para mayor información, podrá encontrar las decisiones que esta Corporación ha tomado en asuntos de prácticas restrictivas de la competencia en el siguiente link: <http://www.sic.gov.co/drupal/decisiones-de-competencia>

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: Natalia Fernández
Revisó: William A. Burgos
Aprobó: William A. Burgos