



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCION NUMERO 16323 DE 19
(18 AGO. 1999)

Por la cual se adoptan unas medidas cautelares

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que se le confieren en los artículos 144 de la ley 446 de 1998, 40 del decreto 1130 de 1999 y en el decreto 1122 de 1999, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado bajo el número 99051935 del 17 de agosto de 1999, el doctor Alfonso Miranda Londoño, actuando en su calidad de apoderado de la empresa Dicel S.A. E.S.P., en adelante Dicel, presentó denuncia contra la sociedad Codensa S.A. E.S.P, en adelante Codensa, por la realización de actos de competencia desleal y solicitó el decreto y práctica de las medidas cautelares que más adelante se indican, dentro de lo previsto en el segundo inciso del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Que respecto de los argumentos presentados en la denuncia y los documentos aportados a la misma, este Despacho considera:

1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 143 de la ley 446 de 1998, en concordancia con lo indicado en el artículo 2 números 1 y 2 del decreto 2153 de 1992, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio investigar y sancionar los actos constitutivos de competencia desleal.

2. Medidas cautelares

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 144 de la ley 446 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio, en las investigaciones por competencia desleal podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes, dentro de las cuales deben incluirse las facultadas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996. En esta disposición se establece que esas medidas se registrarán por lo señalado en el artículo 568 del código de comercio y en los artículos 678 a 691 del código de procedimiento civil.

En el artículo 568 del código de comercio se dispone que "el actor acompañará a la solicitud los elementos que acrediten sumariamente la existencia de la usurpación, señalará en su petición la manera como pretende evitar la realización de tales hechos, y prestará la caución que se le señale para garantizar la indemnización de los perjuicios que se puedan causar al presunto usurpador o a terceros. Las medidas cautelares podrán consistir en obligar al usurpador a prestar caución para garantizar que se abstendrá de realizar los hechos por los cuales ha sido denunciado; en el comiso de los artículos fabricados con violación de la patente y la prohibición de hacerles propaganda; en el secuestro de la maquinaria o elementos que sirven para fabricar los artículos con los cuales se infringe la patente, o en cualquier otra medida equivalente."

En el escrito de denuncia, Dicel argumenta que Codensa se ha negado a permitir el ejercicio del derecho de los usuarios a escoger a Dicel como comercializador del servicio público domiciliario de energía eléctrica, alegando para el efecto, que no tramitará ninguna solicitud en tal sentido, hasta tanto se perfeccione el contrato entre comercializador y distribuidor contraviniendo la ley 256 de 1996, especialmente el artículo 7, ya que de manera injustificada impide el ejercicio del derecho a la

Por la cual se adoptan unas medidas cautelares

libre escogencia de los usuarios y el derecho a competir; el artículo 8, desviando la clientela puesto que los usuarios ya habían manifestado su voluntad de contratar con Dicel y a los cuales Codensa de manera injustificada les ha impedido trasladarse de comercializador; artículo 17, mediante la inducción a la ruptura contractual, al pretender inducir u obligar a los clientes de Dicel a quebrantar su vinculo contractual con dicha compañía, con el claro objetivo de eliminar la competencia de Dicel, al tiempo que se extiende o expande en ese mercado; artículo 18, violando la resolución de la Comisión de regulación de Energía y Gas número 070, las leyes 142 y 143 de 1994, al no garantizar el libre acceso a sus redes a todas personas que así lo requieran.

Se solicita como medidas cautelares:

- 2.1. Que se ordene a Codensa permitir el traslado de los usuarios que así lo han solicitado, y que en adelante lo soliciten, de dicha empresa a Dicel.
- 2.2. Que se ordene a Codensa constituir una caución para garantizar que se abstendrá de realizar las conductas cuya cesación provisional y prohibición se solicitan.
3. **Artículo 31 de la ley 256 de 1996**

En el texto del artículo 31 de la ley 256 de 1996, para que procedan las medidas cautelares sin oír a la parte contraria es necesario el cumplimiento de 3 requisitos: La realización o la inminencia del acto de competencia desleal debe encontrarse comprobada, el peligro que se pretende evitar debe ser inminente y éste, por último, debe revestir gravedad.

- a. Comprobación de la realización o la inminencia de un acto de competencia desleal

De acuerdo con lo señalado en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, para que procedan las medidas cautelares sin oír a la parte contraria, es necesario que la realización o la inminencia del acto de competencia desleal se encuentre comprobada.

Leyendo a la luz del criterio de interpretación que trae el artículo 30 del código civil,¹ esta comprobación, particular para fines de las medidas cautelares, exige un grado de certeza distinto del requerido como resultado de la investigación para la imposición de sanciones. Mientras que para la decisión de medidas cautelares basta constatar la correspondencia de los hechos narrados en la denuncia con una o algunas de las conductas descritas en la ley 256 de 1996, para la imposición de sanciones es necesaria la certeza jurídica de la comisión de la conducta alegada, luego de practicadas en debida forma todas las pruebas procedentes solicitadas.

El condicionamiento se cumple en este caso. A partir de la lectura de los hechos y documentos allegados con la denuncia, se concluye que la empresa denunciada presuntamente impide el traslado de usuarios, amparando su conducta en falta de contratación entre distribuidor y comercializador.

Con lo anterior, Codensa S.A. E.S.P. habría contravenido las normas de competencia desleal, específicamente los artículos 8 y 18 de la ley 256 de 1996:

El artículo 8, dado que impide que la voluntad de traslado de los usuarios del servicio de energía se desarrolle, desviando la clientela de la empresa Dicel, hacia Codensa.

¹ Artículo 30, código civil: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. (...)"

Por la cual se adoptan unas medidas cautelares

El artículo 18, en tanto que de la manera enunciada, impide la libre escogencia de comercializador por parte del usuario violando presuntamente la libertad de escogencia contenida en el artículo 42 de la ley 142 y artículo 8 de la ley 143 de 1994, así como el contenido del artículo 15 de la resolución 108 de 1997 y la resolución 070 de 1998, emitidas por la CREG.

b. Peligro inminente

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la norma que venimos comentando, es requisito para que proceda la práctica de medidas cautelares sin oír a la parte contraria, que exista un peligro inminente.

Tal como se ordena en los artículos 27 y 28 del código civil,² aquí el término peligro es "el riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal".³ No meras conjeturas o solo posibilidades, algo probable que puede ocurrir. Por su parte, el concepto de inminente alude a que algo "amenaza o está para suceder prontamente"⁴ y, por ello, no basta con la mera expectativa de que el peligro se ocasione sino que es indispensable que exista la probabilidad de que el peligro efectivamente ocurrirá.

En el caso que se estudia el requisito se cumple. De acuerdo con la información suministrada en la denuncia y los documentos aportados a la misma, Codensa en este momento no permite el traslado de usuarios alegando la no existencia de contrato de comercialización de energía entre Codensa y Dixel. Conforme la resolución 070 de 1998 de la CREG, Por medio de la cual se reglamenta las obligaciones del distribuidor y de los usuarios, en caso de no existir contrato, las partes deben regirse por lo establecido en la norma en comento. Así el distribuidor debe garantizar el libre acceso a sus redes a todas aquellas personas que así lo requieran y solo podrá negar el acceso en aquellos casos en que la misma regulación así lo prevea. En efecto en el caso de un distribuidor y un comercializador que atiende usuarios existentes y que por lo tanto se presume que cumplen con todas las obligaciones técnicas, esta excepción a la regla no es admisible. En conclusión el distribuidor no puede negar el acceso a ningún comercializador de energía, dado que su obligación legal y regulatoria así se lo impone. El comercializador a su vez, acepta las obligaciones establecidas para con el distribuidor con el solo uso de la red conforme con los argumentos expuestos. Por su parte, conforme con el artículo 15 de la resolución 108 de la CREG se señala que el usuario de energía podrá trasladarse a otra compañía en la medida que se encuentre a paz y salvo en materia de facturación y que por lo menos hubiese estado vinculado al servicio de esa compañía por un periodo no inferior a 12 meses.⁵

Por lo tanto, se concluye que el peligro que se pretende evitar ya comenzó a materializarse y, en esa medida, el condicionamiento de inminente está más que cumplido.

c. Peligro grave

El otro de los requisitos contemplados en el artículo 31 de la ley 256 para la procedencia de las medidas cautelares es que el peligro sea grave.

² Artículo 27, código civil: "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento."

Artículo 28, código civil: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."

³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, tomo II.

⁴ Ibidem

⁵ Concepto de la CREG MMECRG-0917 del 28 de mayo de 1999

Por la cual se adoptan unas medidas cautelares

En la forma básica de interpretación jurídica, el calificativo grave se entiende como "grande, de mucha entidad o importancia".⁶

La comisión de infracciones a las disposiciones sobre competencia desleal tienen altísima vocación de producir daño a los competidores afectados. Sin embargo, no en todos los casos que se alegue que ello ha sucedido proceden las cautelas que comentamos. Por el contrario, para que éstas deban decretarse, el comportamiento desleal debe denunciarse rodeado de circunstancias de tiempo, modo o lugar que impliquen una especial severidad, frecuencia o irreversibilidad de las consecuencias que se producirían si la administración no interviene anticipada y preventivamente.

En el presente caso también se cumple el requisito. En los argumentos planteados por la empresa denunciante se encuentran detalladas manifestaciones concretas del grave perjuicio que se busca precaver, acompañadas con descripciones de tiempo, modo y lugar que implican una especial severidad del daño en curso.

En efecto, los ingresos que ha dejado de percibir Dicel; el impedimento al usuario de escoger el prestador de los servicios públicos; las consecuencias irreversibles para el usuario impidiendo a Dicel ejercer su objeto social y desarrollarse en el mercado.

Con base en lo expuesto, este Despacho accederá a la medida cautelar solicitada en el numeral 1 del número 5.1. La medida contenida en el numeral 2 del número 5.1. no se accede por considerar suficiente el decreto de la primera medida.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Ordenar a Codensa S.A. E.S.P. permitir el traslado de los usuarios que así lo han solicitado y que en adelante lo soliciten de dicha empresa a Dicel, siempre y cuando los usuarios cumplan con lo requerido en la ley para su traslado.

ARTICULO SEGUNDO: Ordenar a Dicel S.A. E.S.P. la constitución de un seguro por valor de doscientos millones de pesos (\$200'000,000.00) como caución para garantizar el pago de los perjuicios que con ocasión de la adopción de las anteriores medidas cautelares se puedan causar a Codensa S.A. E.S.P. El seguro deberá ser otorgado por una compañía autorizada para ese tipo de operaciones y constancia de la existencia del mismo deberá allegarse a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a Marcelo Andrés Llevenes, representante legal de Codensa S.A. E.S.P. y al doctor Alfonso Miranda Londoño, apoderado de Dicel S.A. E.S.P, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición, interpuesto en la diligencia de notificación o dentro de los 5 días hábiles siguientes a ella, en el entendido que la interposición del recurso no suspende la ejecutoria de lo ordenado en los artículos anteriores.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los

18 AGO. 1999

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, tomo I.

Por la cual se adoptan unas medidas cautelares


EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA

NOTIFICACIÓN:

Señor:

MARCELO ANDRES LLEVENES

Representante Legal

CODENSA S.A. E.S.P.

Avenida el Dorado n° 55-51

Ciudad

Doctor

ALFONSO MIRANDO LONDOÑO ✓

Apoderado

DICEL

Diagonal 68 n° 11A-38

Ciudad

El 19 AGO. 1999 notifiqué personalmente el contenido de la presente providencia a Helfours Hernández Lando identificado con la C.C. TD. 38442 No. 10489-933 de 86 entregándole copia de la misma e informándole que procede el recurso de reposición ante el Superintendente Industrial Gómez dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presente notificación.

Alfonso Hernández

El 02 SET. 1999 notifiqué personalmente el contenido de la presente providencia a Alvaro Francisco Camacho Borrero identificado con la C.C. TI. 14284 No. 19.106.995 de 86 entregándole copia de la misma e informándole que procede el recurso de reposición ante el Superintendente Industrial Gómez dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presente notificación.

Alvaro Camacho

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 16323 de 18 de ago de 99 fue notificada mediante el número 9459 el 30 de ago de 1999 y desfijado el 10 de sept de 1999