

MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCION NUMERO 23458 DE 19

(09 NOV 1999)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus facultades legales, en especial las consagradas en el número 24 del artículo 4 del decreto 2153 y el artículo 50 del código contencioso administrativo, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado bajo el número 99051935-19 el 9 de septiembre de 1999, el doctor Alvaro Francisco Camacho Borrero, en su condición de apoderado general de Codensa S.A. ESP, en adelante Codensa, en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, interpuso recurso de reposición contra la resolución 16323 de 1999, mediante la cual este Despacho decretó medidas cautelares por competencia desleal. El objeto del recurso es que la decisión sea revocada en su totalidad y se fundamenta de la siguiente manera:

"1. PETICION

Solicito se revoque en su totalidad la resolución N° 16323 del 18 de agosto de 1999, mediante la cual se adoptan medidas cautelares dentro del expediente N° 99051935.

Fundamento mi petición en los siguientes términos:

2. FALTA DE COMPETENCIA

La Superintendencia de Industria y Comercio no es competente para decretar las medidas cautelares tomadas mediante el acto administrativo que por el presente escrito pedimos que se revoque, por no ser competente para conocer las (sic) investigación por la realización de actos de competencia desleal de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y por no tener la facultad para decretar medidas cautelares.

2.1 FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

La Constitución Política de Colombia en su artículo 370 establece que corresponde al Presidente de la República ejercer a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios.

Art.370.-Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten". (Resaltado fuera del texto).

En este orden de ideas la competencia para ejercer el control de las actividades que presten las empresas de servicios públicos domiciliarios, como es el caso de Codensa, está deferida por ley, a la

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no a la Superintendencia de Industria y Comercio.

La regla general fija la competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio y la especial en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios.

La norma especial prima sobre la general, como lo establece el artículo 5o. de la ley 57 de 1887, el cual, en su parte pertinente dice así:

"Art.5.- (...)

Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª) ... " (Resaltado fuera de texto)

La ley 142 de 1994 en su artículo 75 desarrolla el principio constitucional de especialidad en materia de servicios públicos domiciliarios.

Nótese que ambas superintendencias cumplen funciones presidenciales y que la referente a las empresas de servicios públicos domiciliarios esta (sic) asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

"ARTÍCULO 75.- Funciones presidenciales de la Superintendencia de servicios públicos. El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, y los demás servicios públicos a los que se aplica esta ley, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del Superintendente y sus delegados (Resaltado fuera de texto).

El artículo 186 de la ley 142 de 1994 establece que esta ley, se aplicará de preferencia y prevalecerá sobre otras, en las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios:

"ARTÍCULO 186.- Concordancias y derogaciones. Para efectos del artículo 84 de la Constitución Política, esta ley reglamenta de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos definidos en esta ley; deroga todas las leyes que le sean contrarias; y prevalecerá y servirá complementar e interpretar las leyes especiales que se dicten para algunos de los servicios públicos a los que ella se refiere. En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria." (Resaltado fuera de texto).

El artículo 185 de la ley 142 de 1994 le suprimió la competencia que tenía la Superintendencia de Industria y Comercio, en materia de control, inspección y vigilancia sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios:

"Artículo 185.- Tránsito de legislación en materia de inspección, control y vigilancia. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones señaladas en el decreto 2153 de 1992, respecto de las empresas oficiales, mixtas o privadas que presten los servicios públicos de que trata esta ley, hasta el 30 de junio de 1995. Pero si antes de este período se organiza la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de tal manera que pueda ejercer plenamente sus funciones, la

Superintendencia de Industria y Comercio dejará inmediatamente de ejercer las funciones pertinentes". (Resaltado fuera de texto).

El Decreto ley 1165 de 1999 en su artículo 7 estableció en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control de los actos constitutivos de competencia desleal descritos en las normas vigentes, así como las prácticas comerciales restrictivas.

"Artículo 7° Funciones relacionadas con prácticas comerciales restrictivas. En los casos relativos a las disposiciones de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas contempladas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992, así como para las relativas a comportamientos constitutivos de competencia desleal descritos en la legislación vigente y demás normas sobre competencia, actuará como Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios el Superintendente de Industria y Comercio, para lo cual tendrá, además de las atribuciones previstas en la ley y en el presente decreto, las siguientes:

- a) Adelantar el procedimiento correspondiente a la infracción o actuación de que se trate;
- b) Actuar como superior jerárquico y ordenador del gasto de los funcionarios de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y de la Superintendencia de Industria y Comercio

Parágrafo. El Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio estará conformado, en estos casos, además, por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, el Coordinador o Director Ejecutivo, según sea el caso, de la Comisión de Regulación respectiva y el Superintendente Delegado del área respectiva." (Resaltado fuera de texto).

El Decreto 1165 de 1999, fue expedido el 29 de junio de 1999, con posterioridad al Decreto 1122 de 1999, el cual fue proferido el 26 de junio de 1999. El Decreto 1165 de 1999, prima sobre el Decreto 1122 de 1999, por ser posterior y por ser especial.

El Decreto 1165 en su artículo 7°, le asigna la facultad de conocer las prácticas comerciales restrictivas y actos constitutivos de competencia desleal a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios.

La investigación por actos de competencia desleal, que originó la medida cautelar tomada por ese despacho, debió haberse iniciado en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no en la de Industria y Comercio, y usted doctor Archila debió haber actuado como superintendente de servicios públicos domiciliarios, como lo ordena el decreto ley 1165 de 1999 en su artículo 7, tomando posesión del cargo como tal.

Precisamente el Decreto 1165 de 1999 cometió la improcedencia jurídica de establecer esa dualidad de asignarle una doble personalidad funcional al superintendente de industria y comercio, porque no podía quitarle esa facultad a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que la recibió de la Constitución Política de Colombia. Así se enmendó el error cometido en el artículo 230 del Decreto 1122 de 1999.

Y como ya se dijo, resulta perfectamente aplicable el indiscutible principio general de derecho que predica la primacía de la competencia especial frente a la general. La norma general en éste (sic) caso, llámese Decreto 2153 de 1992, confiere competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio para controlar los actos de competencia desleal y conocer de las correspondientes investigaciones administrativas sobre dicho tema en forma general; mientras que la Ley 142 de 1994 y el Decreto 1165 de 1999, como normas especiales, le dan la misma atribución a la

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

2.2. LEY 143 DE 1994 LEY ELECTRICA

El artículo 96 de la ley 143 de 1994, establece que en todo lo referente a energía eléctrica se aplica de preferencia esta ley. Y el artículo 9 de esta misma ley le asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos la competencia del sector.

"Artículo 9°.-El Presidente de la República ejercerá por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control de eficiencia y calidad del servicio público de electricidad y el control, inspección y vigilancia de las entidades que prestan el servicio público de electricidad, en los términos previstos en la ley". (Resaltado fuera de texto).

2.3. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO PERDIÓ COMPETENCIA PARA DICTAR MEDIDAS CAUTELARES

Adicionalmente al hecho de no tener competencia la Superintendencia de Industria y Comercio, tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios, el Decreto ley 1122 de 1999 en su artículo 244, establece el procedimiento que debe seguir dicha Superintendencia en lo relacionado con sus procedimientos de control de los actos de competencia desleal, modificando la facultad que tenía en virtud del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

En esta nueva disposición prevalece frente a las anteriores, no solo en virtud del principio general que la norma posterior prima frente a la anterior, sino porque el Decreto 1122 de 1999 precisamente busca eliminar trámites, de tal manera que al no contemplarlos los suprime de plano, tal y como lo establece en su artículo 2°.

La misma Superintendencia de Industria y Comercio mediante circular externa N° 09 de 1999, dispuso:

"De acuerdo con las normas contenidas en el Decreto 1122 de 1999, especialmente las que modificaron el procedimiento por el cual la Superintendencia de Industria y Comercio adelanta las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal, esta Superintendencia, de conformidad con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, considera necesario adoptar las siguientes medidas: ..." (Resaltado fuera de texto).

Adicionalmente procede anotar que las nuevas disposiciones sobre procedimiento, o sea, ritualidad y sustanciación de los juicios e investigaciones, priman sobre las anteriores, desde el momento mismo de su entrada en vigencia. Sobre éste (sic) particular el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 preceptúa:

"Art. 40.- Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir..." (Resaltado fuera de texto).

El Decreto 1122 de 1999 le suprimió a esa Superintendencia la facultad de dictar medidas cautelares, al no contemplarlas en el procedimiento que se fijó para las actuaciones de esa entidad. El artículo 244 del Decreto ley 1122 y el artículo 7 del Decreto ley 1165 de 1999 derogaron las normas en que pretende fundar su competencia ese despacho, para dictar medidas cautelares contra Codensa, entre ellas el artículo (sic) 144 de la ley 446 de 1998, y el artículo 31 de la ley 256 de 1996, respecto de la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior por mandato de los artículos 121 y 123 segundo inciso de la Constitución Política de Colombia.

El artículo 121 Constitucional establece:

"Art.121.-Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley". (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 123, inciso 2, Constitucional dispone que:

"Art.122. (...) Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento." (Resaltado fuera de texto).

Se advierte además, en la Resolución 16323 de ese despacho, que para sustentar su competencia se invocaron normas que se refieren a temas totalmente ajenos al que nos ocupa.

En el encabezamiento de la resolución impugnada se invoca dentro de las facultades, las conferidas por el artículo 40 del decreto 1130 de 1999, el cual se refiere a la competencia otorgada para ejercer el control, inspección y vigilancia de los regímenes de libre competencia en los servicios públicos no domiciliarios de comunicaciones; pero por ninguna parte habla de competencia alguna relacionada con el tema del servicio de energía eléctrica, luego en virtud de dicha norma ese despacho tampoco es competente para imponer las medidas cautelares decretadas. Por lo anterior al proferirse la resolución 16323 del 18 de agosto de 1999, se invocó como facultad una norma que no le era aplicable al caso.

En conclusión puede afirmarse sin lugar a dudas que ese despacho carece de competencia para aplicar medidas cautelares contra Codensa, por ser una empresa de servicios públicos domiciliarios y estar asignada esta materia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

2.4 IMPROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como lo anotamos en el punto anterior, al no ser competente la Superintendencia de Industria y Comercio, para conocer de las investigaciones por actos de competencia desleal de las empresas de servicios públicos domiciliarios y al haber perdido esa Superintendencia la competencia para decretar medidas cautelares, no era procedente que ordenara esas medidas, como en efecto lo hizo mediante Resolución 163323 (sic) de 1999.

No obstante lo anterior la Superintendencia de Industria y Comercio manifiesta que procedió a decretar tales medidas cautelares, con fundamento en las facultades que dice le otorgó el artículo 144 de la ley 446 de 1998, y el artículo 31 de la ley 256 de 1996, en concordancia con el artículo 568 del Código de Comercio y artículos 678 a 691 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 144 de la ley 446 de 1998.

Como lo anotamos en el punto anterior de este escrito, el Decreto 1122 de 1999, establece el procedimiento a que debe someter su actuación la Superintendencia de Industria y Comercio. En este procedimiento no se contempla la adopción de medidas cautelares, por lo que consideramos que no proceden a partir de su expedición; sin embargo, en la improbable hipótesis de aceptarse su procedencia, la Superintendencia debe someter su proceder al cumplimiento de lo allí preceptuado, en especial en lo relativo a la obligación de solicitar las explicaciones que pueda tener el acusado.

Las medidas cautelares de que trata el Código de Procedimiento Civil en nada son aplicables al caso en estudio, por cuanto no se tomó ninguna de las allí reguladas. Igual comentario podemos hacer de las medidas contenidas en el Código de Comercio, en los artículos citados en la resolución impugnada.

La Superintendencia de Industria y Comercio no acató en nada lo preceptuado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, el cual establece la obligación de escuchar la opinión del Consejo Asesor

para asuntos relacionados con la promoción de la competencia, tal y como se establece para ordenar como medida cautelar la suspensión inmediata de conductas contrarias a la competencia.

Art. 24 Decreto 2153 de 1992. " Consejo Asesor. El superintendente de Industria y Comercio tendrá un consejo asesor para asuntos relacionados con la promoción de la competencia, integrado por 5 (cinco) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente De la República y cuyos honorarios serán fijados por resolución ejecutiva". (Resaltado fuera de texto).

"El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los eventos a que se refieren los numerales 11, 13 y 15 inciso primero del artículo cuarto del presente decreto..."

No puede el funcionario público suprimir un trámite establecido en la ley. De encontrar ese despacho, que por no contemplar ese procedimiento el Decreto 1122 de 1999, pudo haberlo derogado, estaría dándonos la razón en cuanto a que este decretó derogó la medida cautelar cuestionada, por cuanto, como ya se anotó, ni el Código de Comercio ni el Código Civil, regulan éste (sic) tipo de medida cautelar. De no estar derogada, no se cumplió con este requisito.

Artículo 568 del Código de Comercio

Esta norma regula las medidas cautelares para ser ejercitadas por los titulares de patentes o licencias y es aplicado extensivamente de manera improcedente por parte del despacho a un evento en el cual no proceden dichas medidas como que quedado demostrado.

Artículo 31 de la Ley 256 de 1996

Como lo demostraremos a continuación la medida cautelar formulada contra Codensa es totalmente improcedente en los términos del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

La norma en estudio prevé, la aplicación de medidas cautelares solo en el evento de **comprobarse la realización de un acto de competencia desleal.**

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

La ley le exige a la Superintendencia que **compruebe** que existe la realización de un acto de competencia desleal.

No entendemos como **sin esa comprobación**, puedan decretarse medidas cautelares. Y no entendemos como sin escuchar a Codensa, ni permitirle controvertir las pruebas, pueda inferirse que existe plena prueba de que se han realizado actos de competencia desleal. Así como el Código de Procedimiento Civil exige que para decretarse medidas cautelares se esté frente a un título (sic) incontrovertible y los enumera taxativamente, en esta materia exige que **se compruebe** por el Superintendente que existen tales actos, antes de proferir las medidas.

Cómo puede ordenarse a Codensa determinada medida, con la sola recepción de la queja, y al día siguiente sin comprobación ninguna ordenarse la medida. Nótese que la denuncia fue recibida por la Superintendencia el 17 de agosto a las 15:41 y el 18 ya existía resolución imponiendo las medidas, sin que obre en el expediente que se realizó ningún tipo de **comprobación.**

ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL DENUNCIADOS

El denunciante DICEL S.A. E.S.P. acusa a Codensa S.A. E.S.P. de haber violado los siguientes derechos: 1) Derecho a la libre escogencia del comercializador de energía por parte de los usuarios.

2) Violación general consistente en realizar prácticas restrictivas de la competencia 3) Abuso de la posición dominante en el mercado 4) Desviación de clientela 5) Inducción a la ruptura contractual.

El Superintendente de Industria y Comercio al expedir la resolución 16323 de 1999, no obstante no hacer ninguna comprobación de lo denunciado como lo exige la ley, ni haber escuchado al Consejo Asesor,¹ procede a tener como ciertos los hechos denunciados. Pretende el Señor Superintendente entender que la exigencia de la comprobación se puede despachar mediante la simple correspondencia de los hechos denunciados con las normas descritas en la ley 256 de 1996.

El poco tiempo que dedicó el funcionario sustanciador al estudio de la denuncia, no le permitió comprobar lo denunciado por Dicel S.A. ESP, en delante "Dicel", confundió el término comprobar, con relacionar, de tal manera que si existe correspondencia entre la queja y el tipo legal, se da el hecho como probado.

La Real Academia Española, define el término comprobar como "verificar, confirmar una cosa..."² Como ya lo manifestamos en este escrito no solo no existe constancia de que se hubiera hecho la verificación o confirmación, sino que por el contrario lo único que dice haber hecho la Superintendencia es comparar lo afirmado con la norma. No puede siquiera hablarse de prueba documental sin que esta hubiese sido controvertida en la forma en que lo establece la ley.

Supone ese despacho que se encuentra probado que Codensa, al exigir contrato escrito a la firma Dicel, para permitir el acceso a sus redes, está ejecutando actos violatorios de la sana competencia. Creando con esto una nueva categoría de actos constitutivos de competencia desleal, consistente en la suscripción de contrato, no obstante lo exijan las resoluciones CREG 108 de 1997 y 070 de 1998.

Se acepta como probado "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", contraviniendo la ley 256 de 1996, especialmente el artículo 7, "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 "... mediante la inducción a la ruptura contractual con dicha compañía con el claro objetivo de eliminar la competencia de Dicel, al tiempo que se extiende o expande en ese mercado;"...violando la resolución de la Comisión de Regulación de Energía y Gas "CREG" número 070, "...y las leyes 142 y 143 de 1994, al no garantizar el libre acceso a sus redes a todas las personas que así lo requieran."

Como quiera que toda la violación gira en torno al contrato distribuidor - Comercializador, hagamos un análisis de éste (sic) contrato.

RESPALDO LEGAL DEL CONTRATO

Contrario a lo manifestado por el denunciante, y a lo aceptado como probado por la Superintendencia, el cuestionado contrato no solo no está prohibido por la ley, sino que esta lo ordena, imperativamente como lo demostraremos al transcribir las dos normas que lo establecen.

El hecho que la actividad de distribución de energía esté debidamente reglamentada a través de la ley y resoluciones de la CREG, no impide que las relaciones particulares entre distribuidor y comercializador consten en un documento escrito. Basta con presentar como ejemplo el hecho mismo de que la relación entre Comercializador y cliente, no obstante estar plenamente reglada, la misma ley exige el contrato de condiciones uniformes. Otro tanto ocurre con el contrato de mandato que debe firmar todo comercializador con el administrador del mercado mayorista de energía como

¹ El regulado en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992

² Diccionario de la Lengua Española. 16 edición. Madrid. Talleres Espaza Calpe S.A. 1939

requisito para inscribirse y participar en este mercado. Sin este requisito la firma Dicel no podría haber ofrecido sus servicios a los clientes que hoy manifiesta tener. Así también ocurre en la relación entre transportadores del sistema de transmisión nacional de energía e ISA, para que esta última entidad realice la liquidación y administración de cuentas provenientes de los cargos por uso del sistema de transmisión nacional. Otro ejemplo es el contrato de conexión existente entre el que presta el servicio de conexión al sistema de transmisión nacional y los que deseen conectarse a dicho sistema.

El mejor de todos los ejemplos es el contrato de compraventa de energía, entre el generador y comercializador de energía. Estos contratos se encuentran regulados y se exige que existan como tal en las resoluciones CREG.

Como podrá entender la Superintendencia la utilización de contratos escritos es práctica común aceptada en la actividad de energía eléctrica, no como lo pretende, que se constituya en competencia desleal.

En ninguno de los apartes de la resolución 16323 de 1999, mediante la cual la Superintendencia decide tomar las medidas cautelares cuestiona el clausulado del contrato, porque ni siquiera lo conoció. Sanciona simplemente el hecho de utilizar contratos.

La resolución CREG 108 del 3 de julio de 1997, en su artículo 5, dice "

"Separación entre las actividades de Distribución y Comercialización. Cuando la actividad de comercialización de electricidad o de gas por red de ductos, sea realizada por una empresa diferente de la que desarrolla la actividad de distribución, el contrato de servicios públicos será ofrecido por la empresa comercializadora. A su vez, las obligaciones que adquiera ésta empresa con sus suscriptores o usuarios, en lo relacionado con la actividad de distribución, deberán estar respaldadas por parte de la empresa comercializadora, mediante contrato con la respectiva empresa distribuidora." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

La resolución CREG 070 DE 1998, por la cual se establece el reglamento de distribución de energía eléctrica, en su artículo 6.1., establece:

"El OR es el responsable por la calidad de la potencia y del servicio suministrado a los usuarios conectados a su sistema. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la resolución CREG 108 de 1997: "cuando la actividad de comercialización de electricidad o de gas por red de ductos, sea realizada por una empresa diferente de la que desarrolla la actividad de distribución, el contrato de servicios públicos será ofrecido por la empresa comercializadora. A su vez, las obligaciones que adquiera esta empresa con sus suscriptores o usuarios en lo relacionado con la actividad de distribución, deberán estar respaldados por parte de la empresa comercializadora, mediante contrato con la respectiva empresa distribuidora" (Resaltado fuera de texto)

Lo anterior demuestra que Codensa al requerir de Dicel la firma de un contrato, no estaba haciendo otra cosa que cumpliendo con la ley. Por el contrario Dicel, al ofrecer sus servicios sin el respaldo de ese contrato como lo exige la ley, está violando las disposiciones citadas.

La CREG toma sus decisiones mediante resoluciones por mayoría de votos de sus miembros, suscritas por el presidente que el Ministro de Minas y Energía. Los conceptos que emita el Director Ejecutivo, no pueden ir más allá de interpretarlas, pero en ningún caso pueden modificarlas. Las decisiones en materia de regulación de la CREG se toman mediante resoluciones y no mediante conceptos; si existieren conceptos ambiguos estos deben interpretarse dentro de una sana hermenéutica (sic) jurídica dándole el alcance que tienen. Más vale resolución en mano que 100 conceptos volando.

Por su parte la misma CREG, frente a una controversia de índole similar suscitada entre EMCALI y la misma firma Dicel, con fundamento en el artículo 5 de la resolución CREG 108 de 1997, conceptuó sobre el particular, no solo ratificando la procedencia de dicho contrato, sino, además, solicitándole a la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios se sirviera adelantar investigaciones respectivas para aquellos casos como ese, en que no se hubiere otorgado dicho contrato; veamos un aparte de lo que dijo la CREG.

"Como se entiende de la norma transcrita, todas las obligaciones que adquiera una empresa comercializadora con sus usuarios, en lo que respecta a la actividad de distribución, deberán estar respaldadas mediante contrato que debe celebrarse entre dicha empresa y la respectiva empresa distribuidora. Por tal razón, ninguna empresa comercializadora del país puede atender usuarios sin haber dado cumplimiento a dicha obligación.

Por lo anterior, nos permitimos solicitarle adelantar las investigaciones que considere pertinente en relación con los hechos expuestos en la copia de la comunicación que estamos trasladando y aplicar los correctivos a que haya lugar". (Resaltado fuera de texto)

CONVENIENCIA DE LOS CONTRATOS

Los distribuidores no solo tienen respaldo legal para requerir la firma de contratos, sino que estos hacen parte de la práctica comercial vigente. A la misma Codensa actuando en otros mercados, los distribuidores le han pedido la firma de contrato escrito idéntico al que requiere Codensa con la Empresa de Energía de Santander S.A. ESSA y la empresa Centrales Eléctricas de Norte de Santander S.A. E.S.P. Adjuntamos a este documento el modelo de contrato exigido por Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la Empresa Antioqueña de Energía S.A. E.S.P.

Ha sido Dicel quien violando claras normas en materia de regulación del servicio de energía eléctrica, ha ejecutado actos de clara competencia desleal, que hoy son objeto de serios cuestionamientos por los organismos de control.

Basta citar cómo Enercali S.A. E.S.P. mediante comunicaciones, copia de las cuales adjunto a la presente, ha denunciado a Dicel por ejecutar actos de competencia desleal y por violar claras disposiciones legales, tales como: "ofrecer medir y facturar a clientes con tarifas honorarias en un nivel de tensión diferente al que realmente le corresponde". La entrega gratuita de acciones de Dicel por cada cliente que suscriba contrato con ellos." Ofrecer aliviar los costos de mantenimiento y reposición de los equipos." Ofrecer aliviar los costos de mantenimiento y reposición de los equipos". "La no publicación previa de las tarifas tal y como lo exigen las normas vigentes". "La desconexión de transformadores de las empresas distribuidoras sin el conocimiento ni consentimiento de éstas". "El retiro de sellos y equipos de medición sin la intervención de los distribuidores, dejando a los clientes en servicio directo sin medidor", en claro detrimento económico del distribuidor, quien no puede facturar el servicio y sí tiene que pagar la energía, la cual asume como pérdida." La inscripción de clientes ante el SIC utilizando documentos no autorizados por el distribuidor".

No entendemos como esa Superintendencia, sin previa verificación de lo dicho por Dicel, le tutela un supuesto derecho, siendo que, como lo demostraremos con las pruebas invocadas en el presente escrito, tal empresa no solo no cumple con los requisitos exigidos por el regulador para ejercer la actividad de comercialización a usuarios regulados, sino que ejecuta actos de competencia desleal.

Adicionalmente a la comprobación de los actos de competencia desleal, exigida por la ley 256 de 1996, en su artículo 31, también esta norma exige, para decretar medidas cautelares, la existencia de un **peligro grava e inminente**.

Tal y como lo demostraremos en este escrito estos supuestos no existieron y tampoco fueron demostrados por el denunciante, por lo que las medidas cautelares, no debieron proferirse, máxime sin haber sido oída Codensa.

PELIGRO GRAVE E INMINENTE

En el acto recurrido se asume la existencia de un peligro grave e inminente, basado únicamente en afirmaciones del quejoso, pero por ninguna parte aparece consagrado el hecho de haberse comprobado la existencia del peligro grave y además inminente.

El Sr. Superintendente acepta lo manifestado por Dicel, en el sentido que al requerir Codensa la firma del contrato como requisito previo, se configura el hecho exigido por la ley relacionado con la existencia de un peligro grave e inminente. Lo cierto es que no existió ese peligro, por cuanto los usuarios del servicio de energía eléctrica cuentan con la posibilidad de continuar disfrutando plenamente de dicho servicio, al ser suministrado por cualquiera de los comercializadores que sí cumplen con el marco regulatorio que les permite realizar tal actividad.

No nos adentramos en mayores comentarios, porque ya lo hicimos al justificar los contratos, y porque la Superintendencia realmente no hace un estudio de esta circunstancia, se limita a aceptar como probado, lo que supone el denunciante.

3. CONCLUSIONES

De lo expresado las siguientes conclusiones:

- La entidad competente para ejercer la inspección control y vigilancia sobre el desarrollo del objeto social de Codensa es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en virtud de lo dispuesto en el artículo 370 de la Constitución Política de Colombia, de las ley 142 y 143 de 1994, y del decreto 1165 de junio 29 de 1999, por ser normas especiales que priman sobre la regla general que se aplica al resto de actividades mercantiles, con excepción también del sector adscrito a la Superintendencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio carece de competencia para imponer medidas cautelares contra Codensa, por no estar consagradas estas medidas en el nuevo régimen que adoptó para esa entidad pública el decreto 1122 del 26 de junio de 1999, en su artículo 244.
- El Superintendente de Industria y comercio, pretermitió el trámite consagrado en el decreto 2153 de 1882, artículo 24, al no contar con el concepto previo del Consejo Asesor. Igualmente no atendió el precepto legal consagrado en la ley 256 de 1996, artículo 31, el cual exige que previo a decretar las medidas cautelares debe comprobar la realización de los hechos objeto de la competencias desleal, al igual que las circunstancias de peligro grave e inminente.
- Asume como un acto de competencia desleal el requerir contrato como lo exige la ley, y como lo utiliza la costumbre en estas materias, (Resoluciones CREG 108, de 1997, artículo 5; y 070 de 1998, artículo 6.1. Codensa no desarrolló ninguna conducta que pueda tipificarse como competencia desleal; por el contrario, se sujetó estrictamente al marco normativo que la rige.
- Se pretermitió en forma grave el derecho a la defensa y al debido proceso, al proferirse una medida cautelar no procedente, que a la postre resulta ser una clara sanción y al mismo tiempo una conminación a infringir las resoluciones CREG antes citadas, causándose menoscabo del buen nombre de Codensa."

SEGUNDO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todas las cuestiones planteadas y aquellas que surgieron con oportunidad del recurso, en los siguientes términos:

1. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Argumenta el recurrente que la investigación por actos de competencia desleal que originó la medida cautelar debió iniciarla la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto que corresponde a aquel organismo ejercer el control sobre las entidades que prestan los servicios públicos domiciliarios. Al respecto este Despacho considera que tal posición no resulta procedente toda vez que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no cuenta con la función jurisdiccional de conocer sobre los asuntos relacionados con la competencia desleal.

1.1 Aspectos generales

La función de ejercer la inspección, control y vigilancia respecto de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios se encuentra a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos.

1.1.1 *Disposiciones constitucionales*

De acuerdo con lo señalado en el artículo 189 numeral 22 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. En la misma Carta se establece que en relación con los servicios públicos domiciliarios, el Presidente ejercerá estas funciones a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.³

1.1.2 *Disposiciones legales*

En la ley 142 de 1994, mediante la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, están contenidas las funciones a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos. De conformidad con lo indicado en el artículo 79 de esa normatividad, corresponde a dicho organismo controlar y vigilar a las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios.

Para el cumplimiento de tal cometido, se le asignan, entre otras, la función vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos los prestadores de los servicios públicos, en la medida en que afecte a los usuarios, así como sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no se encuentre a cargo de otra autoridad.⁴

En relación con el servicio de energía, la ley 143 de 1994 reafirma la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos para vigilar y controlar a los prestadores de estos servicios.⁵

1.2 En materia de libre competencia

La libre competencia es un derecho de naturaleza constitucional, que se encuentra consagrado en cabeza de todos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 333 de la Carta Política, corresponde al Estado impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica.⁶

Puede afirmarse que el derecho de la competencia se divide en 2 grandes ramas, la protección contra comportamientos desleales y la salvaguarda contra prácticas comerciales restrictivas. Cada

³ Artículo 370, Constitución Política

⁴ Artículo 79 numeral 1, ley 142 de 1994

⁵ Artículo 9, ley 143 de 1994

⁶ La doctrina al igual que la jurisprudencia de la Corte Constitucional han establecido que la libertad económica está compuesta por dos elementos inseparables, que son la libertad de empresa y la libertad de competencia.

rama a su turno cuenta con normas sustanciales y con regímenes instrumentales de aplicación distintos.

El primero de estos ámbitos, en términos generales, ha sido tradicionalmente materia de conocimiento de los jueces, por referirse a conflictos suscitados entre particulares. Si bien es cierto que los actos de competencia desleal involucran en ciertas oportunidades afectación a intereses generales,⁷ lo que se persigue primordialmente es proteger los intereses individuales de los competidores afectados por la conducta desleal.

Por otra parte, en razón a que la segunda de las áreas tutela intereses generales, particularmente para salvaguardar a los consumidores y propender por el eficiente funcionamiento del mercado⁸ se ha encontrado a cargo de las autoridades administrativas de supervisión y control.

1.2.1 *Prácticas comerciales restrictivas*

De conformidad con lo señalado en el decreto 2153 de 1992, son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio "velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas"⁹ e "imponer las sanciones pertinentes"¹⁰ por su violación. Estas facultades tienen como límite las competencias conferidas en las normas vigentes a otras autoridades.

En la ley 142 de 1994 se le asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la función de vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos.¹¹ Particularmente, le corresponde "velar por que se cumpla la promoción de la competencia y el apoyo a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios en libre competencia y sin utilización de posición dominante en los contratos (...)".¹² En consecuencia, le corresponde a esa Superintendencia velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de competencia.

A la luz de lo contemplado en el párrafo del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, las atribuciones de la Superintendencia de Servicios Públicos en materia de prácticas comerciales restrictivas resultan aun más diáfanos, ya que en tal disposición se establece la temporalidad de las funciones en materia de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de los servicios públicos.¹³ En ese sentido, la voluntad del legislador fue clara. Corresponde, entonces, a la Superintendencia de Servicios Públicos investigar y sancionar las prácticas comerciales restrictivas en que incurran los prestadores de los servicios de que trata la ley 142 de 1994.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, resolución 6049 del 5 de abril de 1999: "La generalidad de los casos de competencia desleal afectan exclusiva e individualmente a cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado cuando sus intereses económicos resulten perjudicados o amenazados. No obstante, de manera excepcional el acto desleal puede afectar, además otros intereses."

⁸ Artículo 2 numeral 1, decreto 2153 de 1992

⁹ Artículo 2 numeral 1, decreto 2153 de 1992

¹⁰ Artículo 2 numeral 2, decreto 2153 de 1992

¹¹ Artículo 79.1, ley 142 de 1994

¹² Artículo 6.2 literal z, decreto 548 de 1996

¹³ Artículo 2 párrafo, decreto 2153 de 1992: "La función a que se refiere el numeral 3 del presente artículo será ejercida por la Superintendencia de Industria y Comercio hasta tanto la ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos."

160
161

1.2.2 Competencia desleal

No existe disposición alguna en el ordenamiento jurídico que revista a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de las facultades jurisdiccionales para conocer de los asuntos sobre competencia desleal.

No resulta factible sostener que a partir de lo contemplado en el artículo 34 de la ley 142 de 1994 que dispone que las empresas de servicios públicos deben abstenerse de realizar prácticas que tengan la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal y, particularmente, con el numeral 5 que señala que se consideran restricciones indebidas a la competencia las conductas contenidas en el código de comercio sobre competencia desleal, se haya conferido a la Superintendencia de Servicios esta función judicial.

Lo anterior debido a que, según el artículo 79 numeral 1, esta última facultad es de carácter residual, es decir, se podrá ejercer siempre que no sea de competencia de otra autoridad. Dado que la función de conocer los asuntos sobre competencia desleal se encontraba asignada a los jueces de la República,¹⁴ no corresponde a la Superintendencia de Servicios Públicos ejercerla.

Adicionalmente, no podría considerarse que con la disposición en mención se dotó a dicha entidad de facultades jurisdiccionales. En primer lugar, en razón a que para llegar a conclusión es indispensable hacer una interpretación extensiva que no resulta admisible en relación con el tema del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a entidades administrativas, por ser esta una circunstancia excepcional.¹⁵ En segundo lugar, por que no se cumple con los parámetros indicados en el artículo 116 de la Constitución Política para la asignación de estas funciones a la administración.¹⁶

Por lo tanto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios no cuenta con facultades para conocer sobre los asuntos de competencia desleal.

2. Atribuciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en competencia desleal

El recurrente sostiene que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con atribuciones para decretar las medidas cautelares adoptadas mediante resolución 16323 de 1999, toda vez que no es competente para conocer de las investigaciones por competencia desleal de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Tal afirmación carece de sustento legal y desconoce lo dispuesto en la normatividad aplicable. En la ley 446 de 1998 se le atribuye de manera expresa a esta Superintendencia funciones en materia de competencia desleal. En consecuencia, dado que esta Entidad es competente para conocer de actos constitutivos de competencia desleal, en virtud de lo establecido en la ley 256 de 1996, se encuentra facultada para decretar las medidas cautelares de que trata el artículo 31 de la disposición en mención.

¹⁴ Artículo 76, código de comercio derogado por el artículo 33 de la ley 256 de 1996

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-212 de 1994, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo: "Se trata de una excepción al principio general y, por tanto, su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no adelanten la instrucción de sumarios ni juzguen delitos." (subrayado por fuera del texto)

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-212 de 1994, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo: "Únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible, siempre que no adelanten la instrucción de sumarios ni juzguen delitos."

2.1 Asignación de función jurisdiccional

Con la expedición de la ley 446 de 1998 se le confirieron a la Superintendencia de Industria y Comercio las mismas atribuciones que dispone en materia de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal.¹⁷

De conformidad con lo señalado en el decreto 2153 de 1992, corresponde a esta Entidad velar por la observancia de las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.¹⁸ Para ello, cuenta con la facultad de adelantar investigaciones¹⁹ e imponer las sanciones que corresponda por el incumplimiento de las normas.²⁰

En esa medida, es función de esta Superintendencia velar por la observancia de las normas sobre competencia desleal, adelantar las investigaciones e imponer las sanciones que correspondan.

El conocimiento de los actos constitutivos de competencia desleal es una función de carácter jurisdiccional que le corresponde ejercer a prevención exclusivamente a los jueces de la República y a la Superintendencia de Industria y Comercio.²¹ En este sentido, la ley confiere a la Superintendencia de Industria y Comercio la atribución de administrar justicia, es decir, dotó a la entidad de jurisdicción.

2.2 Respecto de todos los sectores

El precepto contenido en el artículo 144 de la ley 446 de 1998 es claro al atribuir a la Superintendencia de Industria y Comercio la función de conocer de los asuntos sobre competencia desleal.

Dado que en la norma en comento no se establecen excepciones, ni se excluyen ámbitos de su aplicación, es necesario concluir que las atribuciones de esta Entidad se predicán respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal que se desarrollen en todos los sectores. Lo anterior en razón a que de conformidad con lo señalado en el código civil,²² "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu". En esa medida, en razón a que el legislador no hizo distinción alguna en el artículo 144 de la ley 446 no le es dable al intérprete distinguir.

Carecería de sustento legal afirmar que existen algunos sectores, que por gozar de regímenes especiales, no se encuentran cobijados por esta norma, toda vez que ello implicaría desatender el tenor literal de la disposición en comento. Una interpretación en tal sentido equivaldría a hacer distinciones cuando el legislador no las ha hecho.

¹⁷ Artículo 143, ley 446 de 1998

¹⁸ Artículo 2 numeral 1, decreto 2153 de 1992: "Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados (...)."

¹⁹ Artículo 2 numeral 1: "(...) atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia(...)"

Artículo 4 numeral 10: "Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas 8 (...)"

²⁰ Artículo 2 numeral 2: "Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia (...)"

²¹ Artículo 147, ley 446 de 1998

²² Artículo 27, código civil

166
463

Se llega a la misma conclusión a partir de lo dispuesto en el artículo 144 de la ley 446. De acuerdo con lo indicado en este precepto, en las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. El procedimiento aplicable a estos temas se encuentra contenido en el decreto 2153 de 1992 y 1122 de 1999. De conformidad con lo señalado en el artículo 2 numeral 1 del decreto 2153, corresponde a la Superintendencia velar por el cumplimiento de las normas siempre que esta función no se encuentre asignada a otra autoridad. Dado que esta facultad no está cargo de ninguna otra entidad, es función de la Superintendencia asumir el conocimiento de los actos constitutivos de competencia desleal.

En consecuencia, la Superintendencia cuenta con atribuciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal respecto de todos los sectores, incluso en relación con los servicios públicos domiciliarios.

3. Alcance del decreto 1165 de 1999

El peticionario considera que el decreto 1165 de 1999 asigna a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la facultad de conocer las prácticas comerciales restrictivas y los actos de competencia desleal. Sobre este argumento este Despacho estima que tal interpretación desconoce el sentido y alcance de la disposición contenida en el artículo 7 del decreto en mención.

3.1 Contenido de la disposición

En desarrollo de las facultades extraordinarias contenidas en el artículo 120 de la ley 489 de 1998, el gobierno nacional expidió el decreto ley 1165 de 1999, "por el cual se reestructura la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".²³ El precepto contenido en su artículo 7 dispone que el Superintendente de Industria y Comercio actuará en calidad de Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios en los casos relativos a promoción de la competencia, prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.

3.2 Traslado de funciones

En primer lugar, cabe anotar que la disposición analizada no hace una asignación de funciones, es decir, no está atribuyendo nuevas facultades a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El precepto se encarga únicamente de trasladar funciones que se encontraban en cabeza del Superintendente de Servicios al Superintendente de Industria y Comercio, para que éste las ejerza en nombre de aquél. De tal forma que el Superintendente de Industria y Comercio actuará en calidad de Superintendente de Servicios, exclusivamente respecto de los asuntos para los cuales éste último tenga competencia. El traslado sólo se predica de funciones que se encuentren a cargo del Superintendente de Servicios Públicos. Lo anterior debido a que no es posible trasladar funciones que no tiene.

Dado que como se señaló el Superintendente de Servicios no dispone de facultades jurisdiccionales en materia de competencia desleal, no podría considerarse que éste pueda trasladarlas al de Industria y Comercio para que actúe a su nombre. De ahí que si el Superintendente de Servicios Públicos no contaba con atribuciones en asuntos de competencia desleal, mal podría interpretarse que a través del de Industria y Comercio pueda ejercer esta función. Ello atentaría en contra del principio de legalidad.

²³ En concepto de esta Superintendencia, los decretos expedidos en ejercicio de las facultades extraordinarias del artículo 120 de la ley 489 de 1998, declarado inexecutable con efectos retroactivos por la Corte Constitucional mediante sentencia C-702 de 1999, continúan vigentes hasta tanto esa Corporación no declare lo contrario.

3.3 No asigna facultades judiciales

Tampoco resulta jurídicamente procedente entender que con el decreto 1165 se revistió a la Superintendencia de Servicios Públicos de facultades jurisdiccionales para conocer de los asuntos de competencia desleal. Ello debido a que, como se señaló anteriormente, este tipo de otorgamiento de facultades es excepcional y adicionalmente no se cumplió con lo indicado en el artículo 116 de la Carta Política.

3.4 Interpretación con sentido

Sin embargo, las normas deben interpretarse de forma tal que tengan algún sentido. Cuando el artículo 7 del decreto 1165 señaló que el Superintendente de Industria y Comercio actuará como Superintendente de Servicios en relación con la competencia desleal, debe entenderse que hace alusión a otro tipo de funciones distintas a las jurisdiccionales.

La norma podría referirse a otras funciones como las de promoción de la libre y leal competencia en los servicios públicos domiciliarios, consagrada en el artículo 6.2 literal z del decreto 548 de 1995. Para el desarrollo de estas facultades de promoción, el Superintendente de Industria y Comercio actuando como Superintendente de Servicios Públicos podrá actuar como ordenador del gasto y superior jerárquico.²⁴

3.5 Argumentos del recurrente

Contrario a lo que establece el peticionario, las únicas autoridades con atribuciones para iniciar el trámite por competencia desleal eran la Superintendencia de Industria y Comercio y los jueces de la República pero nunca la Superintendencia de Servicios Públicos, ya que ésta no se encuentra revestida de funciones jurisdiccionales en relación con la materia.

Una actuación como la que sugiere el recurrente consistente en que la Superintendencia de Servicios Públicos adelantara el trámite conllevaría una flagrante vulneración al principio de legalidad consagrado en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política y que constituye el pilar fundamental de todo estado de derecho.

En oposición a lo que el recurrente estima, en este caso no se trata de la aplicación del principio de primacía de la competencia especial frente a la general. Ello por cuanto no hay dos normas en conflicto que asignen a dos autoridades distintas facultades jurisdiccionales para conocer de los asuntos de competencia desleal. Ni la ley 142 de 1994 ni el decreto 1165 de 1999 confieren a la Superintendencia de Servicios funciones judiciales en materia de competencia desleal.

4. Medidas cautelares

Manifiesta el recurrente que con la expedición del decreto 1122 de 1999 se eliminó la facultad de la Superintendencia de decretar medidas cautelares. Señala, adicionalmente, que en caso de considerar que tales facultades aún se encuentran vigentes, la Superintendencia no cumplió con los trámites previstos en la ley para su aplicación como son oír al Consejo Asesor y solicitar las explicaciones al denunciado.

4.1 Normatividad aplicable

En el artículo 143 de la ley 446 de 1998 se le otorgó a esta Superintendencia, respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

²⁴ Artículo 7 literal b, decreto 1165 de 1999

Dentro de éstas quedó comprendida la facultad contemplada en el artículo 4 número 11 del decreto 2153 de 1992, mediante el cual se le asignó al Superintendente de Industria y Comercio la posibilidad de ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas anticompetitivas. Sin embargo, en el artículo 144 de la ley 446 de 1998 se agregó que, en desarrollo de las investigaciones por competencia desleal, esta Superintendencia podría, además, adoptar las medidas cautelares contenidas en las disposiciones legales vigentes.

Estas nuevas facultades incorporadas no se limitan a la que ya se encontraba prevista en el numeral 11 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, sino que hacen referencia a todas las demás contempladas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996. Las formas de proceder, según lo señalado en la ley 256 de 1996, están contempladas en el mismo artículo cuando remite a lo regulado en los artículos 568 del código de comercio y 678 al 691 del código de procedimiento civil. De allí que no resulte procedente sostener en el caso concreto que la aplicación del código de comercio resulte procedente.

De lo expuesto se desprende que las medidas cautelares en competencia desleal, se deben entender adicionadas a las facultades que esta Superintendencia tiene asignadas en el decreto 2153 de 1992 y que, si bien el procedimiento que se sigue en los procesos investigativos sobre la materia es idéntico al señalado para promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, tratándose de medidas cautelares, se tendrán en cuenta los parámetros de las normas procedimentales civiles y la del código de comercio cuando se haga aplicación del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

No resulta jurídicamente procedente sostener que el decreto 1122 de 1999 regule el procedimiento que se debe seguir para la práctica de las medidas cautelares porque en tal normativa no se señala nada al respecto.

4.2 No hubo derogatoria

Argumenta el peticionario que con ocasión de la expedición del decreto ley 1122 de 1999,²⁵ particularmente con el artículo 244, se eliminó la posibilidad para la Superintendencia de decretar medidas cautelares, al no contemplarlas en el procedimiento que fijó para las actuaciones de esta Entidad. Tal interpretación es simplista, carece de fundamento jurídico y, adicionalmente, desconoce los criterios hermenéuticos contenidos en el código civil.

4.2.1 *Derogatoria*

La existencia y vigencia de las leyes cesa en virtud de la figura jurídica de la derogación. Así, el legislador ha definido en los artículos 71 y 72 del código civil, concordantes con lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 153 de 1887, lo que debe entenderse por derogación, señalando que la figura puede presentarse bajo cualquiera de estas 2 modalidades:

- Expresa, cuando la nueva ley señala textualmente que deroga la antigua; y
- Tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior, quedando vigente en la ley anterior todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.²⁶

²⁵ A juicio de esta Superintendencia, por los motivos ya expuestos, este decreto aun continúa vigente.

²⁶ En criterio de la Corte Suprema de Justicia "la derogatoria tácita encuentra su fundamento o razón de ser en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, tiene que entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera (...) es un principio universalmente reconocido que cuando el legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece." (CSJ, Casa Civil, sentencia marzo 28 de 1984)

165/166

En esa medida, la derogatoria tácita opera cuando se presenta una contradicción entre la nueva ley y la ley anterior que no pueden conciliarse.²⁷

4.2.2 *No existe contradicción*

El artículo 244, que contiene el procedimiento que debe adelantar la Superintendencia para adoptar las decisiones, entre otras, en competencia desleal, no deroga de forma expresa el procedimiento señalado en la ley 446 de 1998, decreto 2153 de 1992 y ley 256 de 1996.

Tampoco deroga el trámite señalado en estas normas de manera tácita toda vez que no se presenta contradicción alguna con la nueva disposición. No existe oposición entre el procedimiento consagrado en el artículo 244 y todas las disposiciones contempladas en el decreto 2153, ley 446 y ley 256. El precepto estudiado se encarga de establecer el procedimiento que debe seguirse para la toma de las decisiones y no regula de manera íntegra cada una de las etapas de los procesos y las investigaciones. Así mismo, no establece nada en relación con las medidas cautelares.

El artículo 244 únicamente resulta opuesto al trámite previsto en el artículo 52 del decreto 2153. En consecuencia, debe entenderse que modificó exclusivamente ese precepto y no otras normas con las cuales no presenta contradicción alguna. Por ello, todos los demás preceptos que no resulten contradictorios con lo señalado en el artículo 244 del decreto 1122 de 1999 continúan vigentes.

Por otra parte, en el artículo 144 de la ley 446 de 1998 no se establece que para la adopción de las medidas cautelares deba aplicarse lo previsto para las infracciones al régimen de competencia y prácticas comerciales restrictivas, esto es, el decreto 2153 de 1992. Lo anterior se concluye a partir de la lectura de la disposición en comento que desarrolla de manera separada el procedimiento aplicable a las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas y la práctica de medidas cautelares. Por expresa disposición legal, para la aplicación de estas medidas se aplican las disposiciones legales vigentes y no necesariamente, como pretende el peticionario, el decreto 2153 de 1992.

Una interpretación como la que propone el recurrente llevaría al absurdo de concluir que como en la disposición analizada no se establece la posibilidad para los particulares de presentar denuncia, quedarían éstos privados de poder iniciar el trámite.

4.3 Fundamento legal de la resolución 16323

Las normas invocadas en el encabezado de la resolución 16323 de 1999, mediante la cual se decretaron las medidas cautelares objeto del recurso, fueron los artículos 144 de la ley 446 de 1998, 40 del decreto 1130 de 1999 y el decreto 1122 de 1999.

En efecto, como bien lo señala el recurrente, se invocó como fundamento legal el decreto 1130 de 1999, norma que no le era aplicable al caso en concreto. Sin embargo, tal error no genera ningún vicio o irregularidad en relación con la resolución ni puede llevar a concluir que este Despacho carezca de competencia para aplicar las medidas cautelares en contra de Codensa. Lo anterior se sustenta en 3 motivos:

En primer lugar, si bien en el encabezado se incluyó una disposición que no le era aplicable al caso, sí se citó la norma que faculta a la Superintendencia para conocer de estos asuntos que es la ley 446 de 1998. De otro lado, en la parte considerativa de la resolución se hace clara y expresa referencia a las normas que sirven de sustento para decretar las medidas cautelares en el caso. Por último, resulta evidente que el error es puramente formal y no atenta en contra de los principios de legalidad y debido proceso. En razón a que en las actuaciones jurisdiccionales, como la que se trata

²⁷ Artículo 71, código civil

166 167

en este caso, debe prevalecer el derecho sustancial,²⁸ tal omisión no genera ninguna consecuencia para la resolución recurrida o para el proceso en general.

4.4 Modalidades y procedimiento

En el artículo 31 de la ley 256 de 1996 se consagran 2 tipos de medidas cautelares que son de tramitación preferente, aplicables a los procesos o investigaciones por competencia desleal, a saber:

- Oyendo a la parte contraria.
- Sin oír a la parte contraria, proceden sólo frente a un peligro grave e inminente y deben decidirse dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de la solicitud.

Para la adopción de las medidas cautelares sin oír a la parte contraria se debe comprobar la realización o la inminencia del acto de competencia desleal o su inminencia y demostrar el peligro grave e inminente. Esta comprobación exige un grado de certeza distinto del requerido como resultado de la investigación para la imposición de sanciones. En efecto, basta con constatar la correspondencia de los hechos narrados en la denuncia con alguna de las conductas descritas en la ley 256 de 1996.

4.4.1 *Necesidad de oír a la parte contraria*

De acuerdo con lo manifestado por el recurrente, la Superintendencia de Industria y Comercio incumplió la obligación de solicitar explicaciones al denunciado para la práctica de las medidas cautelares de 24 horas, consagrada en el decreto 1122 de 1999.

Como se estableció anteriormente, el decreto 1122 no es aplicable a la práctica de las medidas cautelares. La normatividad aplicable al tema de las medidas cautelares se encuentra contenida en el decreto 2153 de 1992, ley 256 de 1996 y 446 de 1998. Dado que la ley 256 contempla la facultad de decretar medidas cautelares dentro de las 24 horas sin oír a la parte contraria, mal podría entenderse que para su práctica sea necesario solicitar explicaciones al denunciado. Tal interpretación desnaturalizaría la figura misma.

El hecho de que el artículo 31 de la ley 256 de 1996 contemple la posibilidad de adoptar medidas cautelares sin oír a la parte contraria, excluye necesariamente la solicitud de explicaciones al denunciado.

4.4.2 *Necesidad de oír al Consejo Asesor*

En el artículo 144 de la ley 446 de 1998 se establece que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones vigentes. En esa medida, la voluntad del legislador de dotar a la Superintendencia de la facultad de decretar medidas cautelares fue clara. En materia de competencia desleal, como se indicó anteriormente, estas medidas se encuentran consagradas en el artículo 31 de la ley 256. En el inciso 2 de esta disposición contiene la facultad de adoptar medidas cautelares sin oír a la parte contraria, dentro de las 24 horas siguientes a la solicitud.

Considerar que existe la obligación de oír al Consejo Asesor del Superintendente, conforme lo ordenado por el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, haría nugatoria la aplicación del artículo 31 de la ley 256 de 1996 e implicaría desatender la expresa voluntad del legislador.

²⁸ Artículo 228, Constitución Política: "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. (...)"

4.4.3 Comprobación de la conducta

Al decidir solicitudes de medidas cautelares dentro de los procesos por competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá evaluar, para comenzar, si está comprobada la realización de un acto de competencia desleal o su inminencia. La Superintendencia tendrá por cumplido este requisito, si de la lectura de los hechos presentados y la evidencia aportada se desprende que lo denunciado, de haber ocurrido como se aduce, implicaría la contravención de alguna o varias de las disposiciones de la ley 256. En esta labor hay consideraciones de hecho y de derecho.

En lo que se refiere a los hechos, el nivel probatorio exigido es diferente del requerido para adoptar la decisión definitiva. Basta, entonces, con las manifestaciones que hace el denunciante, siempre que los documentos y afirmaciones no lleven implícitas contradicciones y que ninguno de los hechos básicos requiera de prueba calificada.

En cuanto hace a derecho, en el contexto del artículo 31 de la ley 256 de 1996, para la Superintendencia es preciso que el comportamiento descrito coincida necesariamente con alguna o algunas de las contravenciones contenidas en la ley 256 de 1996. Por el contrario, si al analizar los hechos acusados frente a las previsiones de la ley 256 aparece que no serían contrarios o que sólo podrá establecer si son contrarios una vez se haya recogido otros elementos de juicio, propios del trabajo probatorio de la investigación, el requisito no se tendrá por cumplido.

En cuanto hace al grado de certeza que se debe tener para dictar las medidas cautelares debe señalarse que "si se llegara a interpretar aislada y exegéticamente y prescindiendo de todo el articulado la expresión mencionada (comprobada), se arribaría a la errada e ineludible conclusión de que solo después de la sentencia que declare la competencia desleal es que procede la cautela, lo que a todas luces es un exabrupto jurídico pues desnaturaliza la esencia de la medida cautelar."

De acuerdo con lo manifestado por el peticionario, en el caso concreto no se dio tal comprobación. A partir de lo señalado en relación con la comprobación de la conducta en los procesos por competencia desleal, este Despacho considera que efectivamente se realizó el cotejo exigido en el artículo 31 de la ley 256 de 1996. Según el análisis de los hechos narrados por el denunciante, esta Superintendencia encontró que presuntamente se habrían contravenido los artículos 8 y 18 de la ley de competencia desleal.

4.5 Comentario del recurrente

El recurrente manifiesta:

*"Cómo puede ordenarse a Codensa determinada medida, con la sola recepción de la queja, y al día siguiente sin comprobación ninguna ordenarse la medida. Nótese que la denuncia fue recibida por la Superintendencia el 17 de agosto a las 15:41 y el 18 ya existía resolución imponiendo las medidas, sin que obre en el expediente que se realizó ningún tipo de **comprobación**. (...)*

El poco tiempo que dedicó el funcionario sustanciador al estudio de la denuncia, no le permitió comprobar lo denunciado por Dixel S.A. ESP, en delante "Dixel", confundió el término comprobar, con relacionar, de tal manera que si existe correspondencia entre la queja y el tipo legal, se da el hecho como probado."

En relación con el comentario formulado por el recurrente le recordamos que es deber, de conformidad con lo señalado en el artículo 31 de la ley 256, decidir dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la solicitud..

5. Acto de competencia desleal

Las conductas desleales en las cuales Codensa presuntamente incurrió son la desviación de clientela, consagrada en el artículo 8 de la ley 256, y la violación de normas, contenida en el artículo 18 de la misma normatividad.

El hecho desplegado por Codensa que, presuntamente, origina los actos de competencia desleal mencionados es haber impedido el traslado de los usuarios del servicio de energía y no, como erróneamente lo sostiene el recurrente, la existencia o suscripción del contrato.

Por último, resulta pertinente añadir que contrario a lo señalado por el peticionario en su escrito mediante la resolución 16323 de 1999 no se está sancionando ningún hecho, únicamente se adoptó una medida cautelar para prevenir el perjuicio que el acto desleal presuntamente realizado por el denunciado puede ocasionar.

6. Peligro grave e inminente

Manifiesta el recurrente que la existencia del peligro grave e inminente no se encuentra comprobado y añade que éste no se dio por cuanto los usuarios de energía eléctrica cuentan con la posibilidad de seguir disfrutando del servicio.

Contrario a lo que considera el peticionario, el peligro grave e inminente no se predica, en este caso, de los usuarios del servicio sino frente al competidor afectado. Lo que se pretende prevenir con la adopción de las medidas cautelares es el perjuicio que se le puede ocasionar o seguir ocasionando al denunciante por la negativa del Codensa de permitir el traslado de los usuarios.

7. Competencia desleal del denunciante

En relación con la posible infracción de las normas sobre competencia desleal por parte de Dixel S.A. E.S.P. que plantea el denunciado, resulta pertinente anotar que tal afirmación no aporta elemento alguno para la revisión de la decisión adoptada mediante la resolución 16323 de 1999. Sin embargo, cabe señalar que en caso de que el recurrente considere que Dixel ha incurrido en algunos de los actos consagrados en la ley 256 de 1996, podrá presentar denuncia ante esta Superintendencia.

6. Solicitud de pruebas

En el numeral 4 de la comunicación que contiene el recurso objeto de decisión, el peticionario solicita el decreto de algunas pruebas. Una vez estudiada la petición, se encontró que las pruebas solicitadas no resultan necesarias ni pertinentes para la revisión de la decisión contenida en la resolución 16323 de 1999, relativa a la práctica de las medidas cautelares consagradas en el inciso 2 del artículo 31 de la ley 256 de 1996.

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 16323 del 18 de agosto de 1999.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Alvaro Francisco Camacho Borrero en su condición de apoderado de Codensa S.A. ESP entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santa Fe de Bogotá D.C., a los

09 NOV 1999

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


EMILIO JOSE ARCHILA PEÑALOSA

NOTIFICACIONES:

Doctor
ALVARO FRANCISCO CAMACHO BORRERO
Apoderado
CODENSA S.A. ESP
Avenida El Dorado n° 55- 51
Santa Fe de Bogotá D.C.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 22 NOV. 1989

Notifique personalmente al Dr. Alvaro Fco. Comandó Barrios
el contenido de la anterior providencia, quien ha 19106895 Bogotá
impuesto firma. No procede recurso.

✓ Alvaro Comandó
19106895 Bto