



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 32217 DE 2002

( 01 OCT. 2002 )

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

**LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

en uso de sus atribuciones legales y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Mediante radicación 01 203011 de fecha 17 de septiembre de 2001, la sociedad SOLGAS S.A. E.S.P., en adelante Solgas, presentó denuncia en contra de la sociedad NORGAS S.A. E.S.P., en adelante Norgas, por la presunta comisión de actos de competencia desleal.

**SEGUNDO:** Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, mediante auto número 01698 del 28 de diciembre de 2001, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, abrió investigación por competencia desleal, para determinar si la conducta realizada por Norgas, era contraria a lo previsto en los artículos 8, 9 y 10 de la ley 256 de 1996.

**TERCERO:** En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de investigación y se corrió traslado al investigado para que aportara y solicitara pruebas. Mediante documento radicado bajo el número 01203011-00000009 de fecha 19 de febrero de 2002, Norgas solicitó y aportó pruebas para la investigación. Luego de lo cual, y de conformidad con el artículo 33 de la ley 640 de 2001 se citó a audiencia de conciliación, diligencia que se inició el día 8 de marzo de 2002 y teniendo en cuenta que existía ánimo conciliatorio entre las partes fue suspendida hasta el 25 de abril de los corrientes, nuevamente suspendida por solicitud de las partes y reanudada el día 20 de mayo de los corrientes, sin embargo, en esta última oportunidad no se hicieron presentes ni el representante legal ni el apoderado de Solgas, quienes se excusaron por la inasistencia e informaron que no existía ánimo conciliatorio entre las partes, por lo tanto, no se llegó a ningún acuerdo. Así la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, mediante acto administrativo No. 01203011-00020012/13 de fecha 27 de mayo de 2001, decretó las pruebas dentro de la investigación que se adelanta.

**CUARTO:** Una vez culminada la etapa probatoria, se elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación, el cual fue a su vez trasladado<sup>1</sup> para que las partes manifestaran sus opiniones y presenten explicaciones, tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. Vencido el término para presentar opiniones sobre el informe motivado, no se recibieron explicaciones por parte de la sociedad denunciante SOLGAS S.A. E.S.P., a su vez, la apoderada de NORGAS S.A. E.S.P. manifestó<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> El traslado se surtió mediante oficio radicado bajo los números 01203011-00020020/21 del 31 de julio de 2002.

<sup>2</sup> Comunicación radicada bajo el número 01203011-00020027 del 9 de septiembre de 2002.

"Conocido el informe de investigación de competencia desleal dentro del expediente que se cita en la referencia, sobre la base que en el mismo se concluye que la sociedad que represento no ejerció conductas que constituyan competencia desleal en las labores de distribución de gas propano en la ciudad de Cúcuta, en cuanto se demostró que sus actos estuvieron enmarcados entro (sic) de las sanas costumbres y usos en esta materia, de manera comedida le solicito que así se declare por su Despacho, y se disponga del archivo del expediente".

**QUINTO:** Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas del proceso, este Despacho procede a decidir el caso en los siguientes términos:

### **1. Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio**

En el artículo 143 de la ley 446 de 1998 se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, incluida la contemplada en el numeral 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, que la faculta para imponer las sanciones consagradas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del citado decreto, por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

Atendiendo lo previsto en el artículo 144 de la ley 446 de 1998, 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 y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes.

Según lo contemplado en el artículo 147 de la precitada ley, en concordancia con el artículo 58 de la ley 510 de 1999, la decisión de la Superintendencia en materia de competencia desleal tendrá carácter de cosa juzgada y ésta o el juez competente conocerán a prevención de estos asuntos.

La denuncia que generó nuestra actividad se refiere a actos de competencia desleal que no han sido puestos a consideración de los jueces de la República por ello la decisión corresponde a esta Entidad.

### **2 Aspectos Generales**

La ley de competencia desleal para efectos de su aplicación, demanda la presencia de unos presupuestos especiales: el primero de ellos, el objetivo, consistente en que el acto o la conducta se realice dentro del mercado y con fines concurrenciales; es decir, que se trata de conductas o actos que sean objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación de un agente en el mercado<sup>3</sup>.

El segundo de ellos es un elemento de índole subjetivo, que exige que el sujeto pasivo participe en el mercado colombiano<sup>4</sup>; y por último, un elemento territorial, según el cual el acto investigado debe estar llamado a tener efectos en el territorio nacional<sup>5</sup>.

#### **2.1 Ámbitos subjetivo y territorial de aplicación de la ley**

En cuanto al ámbito subjetivo, se puede afirmar que el mismo se cumple, toda vez que las partes involucradas en la presente investigación se consideran participantes en el mercado, habida cuenta que estas se dedican entre otras a la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible y el desarrollo de todas las actividades complementarias.

<sup>3</sup> Artículo 2 de la ley 256 de 1996.

<sup>4</sup> Artículo 3 *ibidem*.

<sup>5</sup> Artículo 4 *ibidem*.

En lo que hace referencia al ámbito territorial, se encuentran en el expediente pruebas suficientes para demostrar que los hechos investigados se ejecutaron dentro del mercado colombiano y que los efectos de aquellos se encuentran reflejados en el mercado interno.

## 2.2 Ámbito objetivo de aplicación.

Según lo señalado en el artículo 2 de la ley 256 de 1996, los comportamientos serán considerados como desleales siempre y cuando se realicen con finalidad concurrencial, la cual existirá cuando el acto "por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

En este orden de ideas, la apertura de investigación se produjo sobre la base de la existencia de este presupuesto, habida consideración de que la conducta motivo de investigación desplegada por la denunciante, presuntamente tenían en principio, una finalidad concurrencial, con miras a obtener el favor de la clientela dentro del contexto del mercado donde las partes desarrollan su actividad comercial y por ende el incremento de su participación en el mismo.

## 2.3 Hechos comprobados

- La sociedad denunciante, Solgas S.A. E.S.P., se constituyó en forma de sociedad limitada mediante escritura pública número 651 del 19 de abril de 1983 en la Notaría 4 del Círculo de Cúcuta, la cual fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Cúcuta el 28 de abril de ese mismo año bajo número 830.265 del Libro respectivo. Dicha sociedad se transformó a sociedad anónima mediante escritura pública número 3835 del 14 de noviembre de 1997 otorgada en la Notaría 5ta. de Cúcuta, la cual fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Cúcuta el 19 de diciembre de ese mismo año bajo el número 7.736 del Libro respectivo.<sup>6</sup>
- La sociedad denunciante se dedica a la comercialización y distribución de gas líquido de petróleo (GLP.), hasta el usuario final en algunos municipios del departamento de Norte de Santander.<sup>7</sup>
- La sociedad denunciada, Norgas S.A. E.S.P., se constituyó en forma de sociedad anónima mediante escritura pública número 1368 del 9 de agosto de 1968 en la Notaría 1a. del Círculo de Cúcuta, la cual fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Cúcuta el 12 de agosto de ese mismo año bajo número 680.084 del Libro respectivo.<sup>8</sup>
- La sociedad denunciada se dedica entre otros a la prestación del servicio público domiciliario de distribución de gas combustible y al desarrollo de todas las actividades complementarias a su prestación, en el departamento de Norte de Santander.<sup>9</sup>
- La sociedad denunciada distribuyó en el departamento de Norte de Santander un bono de descuento de mil (\$1.000.00), dos mil (\$2.000.00) y cuatro mil (\$4.000.00) pesos por la compra de cilindros de GPL de 20, 40 y 100 libras, respectivamente, para hacerlo efectivo en la próxima compra del producto.<sup>10</sup>

<sup>6</sup>Certificado de existencia y representación legal de la sociedad denunciante expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta No. 0182339, obrante a folios 1, 2 y 3 del expediente.

<sup>7</sup>Ibidem.

<sup>8</sup>Certificado de existencia y representación legal de la sociedad denunciante expedido por la Cámara de Comercio de Cúcuta No. 0182329, obrante a folios 4 a 8 del expediente.

<sup>9</sup>Ibidem.

<sup>10</sup>A folio 28 del expediente aparece un bono de descuento distribuido por Norgas S.A. E.S.P., en el departamento del Norte de Santander. Así mismo, en la contestación de la demanda se reconoció la existencia y puesta en circulación de los referidos bonos tal y como obra a folios 112 y Ss. del expediente.

- La sociedad denunciada envió una comunicación dirigida a los usuarios de gas propano de algunos municipios del Norte Santander, en la que además de señalar que cumplía 45 años de servicio y haber obtenido el premio nacional de Gestión de Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, le indica al usuario que por seguridad y tranquilidad, no deben permitir que se les cambie el cilindro por otro ajeno al suministrado por Norgas.<sup>11</sup>
- De acuerdo con lo establecido en el estudio adelantado por la Intendencia Administrativa y Financiera de la Delegada para Energía y Gas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, los descuentos efectuados por la empresa Norgas S.A., en materia tarifaria "no infringen lo establecido en las normas legales existentes sobre la materia (...)"<sup>12</sup>

De conformidad con la averiguación preliminar adelantada por el Grupo de instrucción e investigación de la Delegatura de Protección al Consumidor, la promoción realizada por la sociedad denunciada no violó las normas de protección al consumidor.<sup>13</sup>

### 3 Conductas investigadas

Según los hechos de la denuncia, la sociedad Norgas S.A. E.S.P., presuntamente ha realizado actos desleales de desviación de la clientela y de desorganización al crear un bono de descuento destinado a los usuarios de gas propano en el departamento del Norte de Santander, que ha sido distribuido en los lugares donde la denunciante tenía posicionado su producto. Así mismo, se señala que la sociedad denunciada habría realizado actos de confusión al haber enviado una carta a los usuarios en la que además de promocionar la trayectoria de la empresa y mencionar el premio obtenido ante la seguridad y calidad en sus productos, les indicaba que: "por lo tanto, no permita que le cambien su cilindro por otro ajeno al suministrado por Norgas". A juicio de la denunciante esta indicación pretendía confundir al usuario y atarlo comercialmente, ya que el cilindro le pertenece a él y no a la empresa distribuidora.

Finalmente, es preciso advertir que dentro de los hechos narrados en la denuncia se hizo alusión a la existencia de comportamientos contrarios a las disposiciones en materia de prácticas comerciales restrictivas y abuso de posición de dominio, los cuales no corresponden a la naturaleza de la investigación adelantada por este Despacho sobre competencia desleal.

### 4 Adecuación normativa

En Colombia está consagrado el deber de abstenerse de causar daños a otros<sup>14</sup>. Esa obligación se extiende aún al deber de reparar los perjuicios que se puedan causar extralimitándose en el ejercicio de un derecho.

En el caso del derecho a competir consagrado constitucionalmente<sup>15</sup>, las fronteras al desarrollo de la facultad están en las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas<sup>16</sup> y de competencia desleal<sup>17</sup>. Así, en el primer inciso del artículo 7 de la ley 256 de 1996, se dispuso de manera general, que en su afán de desarrollar iniciativas " *los partícipes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el*

<sup>11</sup> A folio 29 del expediente aparece una de las comunicaciones enviada a los usuarios de GPL en el departamento del Norte de Santander, en el mes de junio de 2001. En la contestación de la demanda se reconoció la existencia y contenido de esta comunicación tal y como obra a folios 111 y SS. del expediente.

<sup>12</sup> "Informe Relacionado con el caso Solgas S.A. E.S.P. Vs. Norgas S.A. E.S.P." de la Intendencia Administrativa y Financiera de la Delegada para Energía y Gas Combustible de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, página 6 y 7 del documento.

<sup>13</sup> Radicación número 01203011-04 del 10 de enero de 2002, obrante a folio 96 del expediente.

<sup>14</sup> Código Civil, artículo 2341: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido".

<sup>15</sup> Artículo 333 Constitución Política. "La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades".

<sup>16</sup> Ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992, normas concordantes.

<sup>17</sup> Ley 256 de 1996.

*principio de la buena fe comercial* " y que, por tanto, están "...prohibidos los actos de competencia desleal". En los artículos 8 a 19 de la ley se consagran hipótesis en las cuales se considerará que los métodos usados para competir rebasaron lo permitido y que por ello existe competencia desleal.

En las actuaciones relativas a posibles actos de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio sigue el procedimiento previsto para casos de prácticas comerciales restrictivas<sup>18</sup>. En este trámite se distinguen dos etapas, la averiguación preliminar y la investigación<sup>19</sup>.

La investigación se inicia cuando la fase inicial ha permitido que la Entidad concluya mérito para ello<sup>20</sup>. Cuando ese es el caso, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia vincula a los denunciados que corresponda, mediante la notificación de un auto de apertura en el que se señalan, tanto los comportamientos que serán objeto de estudio, como las normas frente a las cuales se verificará la legalidad o no de lo actuado<sup>21</sup>.

Así siendo deber de las autoridades garantizar el principio de contradicción<sup>22</sup>, el debido proceso y el derecho de defensa<sup>23</sup>, una vez abierta la investigación y formulados unos cargos al presunto infractor, queda delimitado el marco fáctico y normativo de la misma. Por consiguiente, en el caso presente, dicho marco quedó circunscrito a las conductas contenidas en los artículos 8, 9 y 10 de la ley 256 de 1996 referentes a la competencia desleal por desviación de clientela, desorganización y confusión.

#### **4.1. Actos de desviación de la clientela**

De conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la ley 256 de 1996 constituye una conducta desleal la desviación de la clientela, siempre y cuando se hayan utilizado mecanismos contrarios a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia comercial o industrial.

La anterior disposición exige la demostración de la existencia de dos supuestos, de una parte, que la conducta denunciada haya desviado la clientela o tenga la potencialidad de hacerlo; y de otra, que dicha conducta haya sido contraria a los usos honestos o a las sanas costumbres comerciales. Este último elemento es el que constituye justamente el carácter desleal de la conducta toda vez que la clientela es el objetivo de todo competidor en un mercado donde existe libre competencia.

En efecto, ganar clientela no es de suyo ilegal, ni mucho menos reprochable pues es el sustento mismo de la competencia. La ilegalidad de la desviación de la clientela se da en aquellos casos donde la conducta es usada como medio, mecanismo, estrategia o forma para lograrlo sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o se configure en un uso deshonesto en el ámbito comercial. En este entendido, el calificativo de deshonesto o contrario a la sana costumbre mercantil permite completar la tipificación y configuración de la conducta desleal.

Para construir la noción de usos honestos es necesario atender el significado literal de las palabras. Así, uso es el ejercicio o práctica general de una cosa; el modo determinado de obrar que tiene una persona o una cosa o al empleo continuado y habitual de una persona o cosa<sup>24</sup>. De la misma forma podemos decir que honesto significa decente o decoroso, razonable o justo<sup>25</sup>. Y algo decente es honesto, justo y debido<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Artículo 143 ley 446 de 1998.

<sup>19</sup> Art. 52 decreto 2153 de 1992.

<sup>20</sup> Artículo 52, inciso 1 del decreto 2153 de 1992.

<sup>21</sup> Artículos 11 numeral 1 y 52 del decreto 2153 de 1992.

<sup>22</sup> Artículo 3 Código Contencioso Administrativo.

<sup>23</sup> Artículo 29 Constitución Política.

<sup>24</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA "Diccionario de la Lengua Española", Décimotava edición, 1956, página 1.309.

<sup>25</sup> Ibidem, página 719.

<sup>26</sup> Ibidem, página 426.

Fusionando de manera lógica y aplicada al plano comercial las anteriores definiciones, los usos honestos consisten en el modo habitual de obrar que tiene un comerciante al ejercer su actividad mercantil, útil frente a sus necesidades, pero tan recto, justo y bien intencionado, que no llegue a conculcar el ejercicio de los derechos de sus competidores, lo que constituye, a su vez, el equilibrio comercial. Tal es la interpretación gramatical del término.

Ahora bien, el legislador no interpretó en el estatuto comercial el "uso", así como tampoco dilucida el carácter del mismo. Por vía doctrinal, los autores han señalado la distinción existente entre la costumbre y el uso, indicando que son dos términos que aunque presentan varios elementos comunes, se diferencian básicamente por la noción de obligatoriedad que caracteriza a la "costumbre" dentro de un determinado territorio y espacio temporal; en ausencia de esta característica, estaremos ante los llamados "usos".

Los usos son prácticas, algunas generales, la mayor parte locales o profesionales, que envuelven tácitamente la formación de los actos jurídicos, especialmente en materia de contratos, y que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad tienen por objeto interpretar o completar la voluntad de las partes, o la del autor del acto<sup>27</sup>. Estas prácticas desprovistas de todo valor normativo constituyen los usos contractuales o convencionales.

El uso se dirige a "revelar el pensamiento de los autores del acto jurídico", constituye un elemento de la situación de hecho, particular y concreta, y por consiguiente debe estimárselo como fuente de derecho en sentido subjetivo, como manifestación que es de la voluntad de los particulares enderezada a crear, modificar o extinguir situaciones concretas y particulares. A ellos se refiere el inciso final del artículo 1622 del Código Civil<sup>28</sup>. Los usos están destinados a suplir la voluntad de las partes contratantes en caso de un vacío contractual, de tal suerte que esta práctica entra a llenar la ausencia de acuerdo sobre una materia específica. Por otra parte, en el artículo 189 del código de procedimiento civil se establece: "Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios".

Teniendo en cuenta que los usos honestos, considerados en su sentido gramatical, tienen como finalidad el equilibrio comercial y que en aras del mismo propugna la ley, debe entenderse que la noción de honestidad se subsume en las normas que reglamentan los usos comerciales. Por lo tanto, al concepto de usos honestos referido en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, le son aplicables plenamente los artículos del código civil y de procedimiento civil citados.

Deberá entenderse por costumbre comercial aquellos hechos que son realizados en el ámbito comercial, y que al ser desarrolladas con carácter público y reiterado en un lugar y periodo determinado, gozan de la misma autoridad que la ley comercial, siempre que aquella no la contrarie manifiesta ni tácitamente.<sup>29</sup> Es así, como la costumbre se considera como el uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como algo jurídicamente obligatorio<sup>30</sup>.

De acuerdo con la función que cumple la costumbre frente a la ley, ésta ha sido clasificada en tres categorías: costumbre *secundum legem*, costumbre *praeter legem*<sup>31</sup> y costumbre *contra legem*<sup>32</sup>, para denominar con estos nombres a las costumbres que determinen una práctica de acuerdo con la ley o

<sup>27</sup> MADRIÑÁN DE LA TORRE "Principios de Derecho Comercial", Editorial Temis. Edición 1983, página 78.

<sup>28</sup> *Ibidem*, páginas. 78-79.

<sup>29</sup> Artículo 13 del código de comercio

<sup>30</sup> García Martínez, Introducción al estudio del derecho. Pág. 61, citado por Madriñán de La Torre, en su obra Principios de Derecho Comercial, Pág. 56. Diccionario Básico de Términos Jurídicos: Costumbre. Modo de conducta que al reiterarse durante cierto tiempo adquiere valor normativo por su uso inveterado y por su generalización".

<sup>31</sup> Artículo 13 Ley 153 de 1887.- La costumbre siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva.

<sup>32</sup> Artículo 8 del Código Civil.- La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea.

contenida en ésta, o que contribuyan a integrarla; regulen situaciones no contempladas en la ley y que entran a llenar los vacíos dejados por el derecho positivo, o a contribuir en su interpretación.

En cuanto a las sanas costumbres, el código de comercio se refiere a la costumbre para señalar los elementos constitutivos de la misma y sin los cuales no podría dársele el valor legal asignado. Estos se concretan en: la uniformidad de los hechos, la publicidad de los mismos y la reiteración de aquellos en un espacio de tiempo. Igualmente, se indica que la costumbre mercantil goza de la misma autoridad que la ley comercial, siempre que aquella no la contrarie manifiesta ni tácitamente<sup>33</sup>. Es así, que la costumbre se considera como el uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio<sup>34</sup>.

Pero el código no se refiere a "sanas" costumbres, por lo que resulta necesario recurrir a la definición de lo sano en nuestro idioma: sano, es lo que está libre de error o vicio, lo recto, lo saludable, lo sincero y de buena intención. Tal como sucede con la calidad de honesto del uso, la sanidad de las costumbres se entiende subsumida en las normas que regulan su existencia jurídica y su prueba, por el logro del equilibrio comercial al que se orientan y por ser éste lo sano.

En los artículos 5 y 6<sup>35</sup> del estatuto comercial se hace referencia a la costumbre como medio auxiliar de interpretación y a la forma de probar su existencia de acuerdo con lo normado en el código de procedimiento civil<sup>36</sup>.

Antes de analizar las conductas denunciadas, el Despacho hace notar que las mismas apuntan a la vulneración del régimen jurídico que cubre a las empresas prestadoras del servicio público de distribución de gas combustible, de ahí que, aún en caso que se encuentre demostrada la vulneración de dicha normatividad, no podrá considerarse esto como una violación a las sanas costumbres mercantiles o a los usos en materia industrial o comercial, como quiera que se trata de dos conceptos diferentes, es decir, no puede equiparse la ley a los usos y costumbres mercantiles. A éstos últimos es a los que se refiere el artículo 8 de la ley 256 de 1996.

Bajo las anteriores precisiones, pasaremos a analizar la existencia de los anteriores elementos, respecto de las conductas que fueron denunciadas a esta Entidad:

- Conducta contraria a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia comercial o industrial:

Las conductas que a juicio de la denunciante contrariaron las sanas costumbres mercantiles y los usos honestos en materia industrial y comercial, son en primer término la conducta mediante la cual la

<sup>33</sup> CÓDIGO DE COMERCIO, artículo 3- La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella. En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.

<sup>34</sup> GARCÍA MAYNEZ, "Introducción al Estudio del Derecho". Pág. 61, citado por Madriñan de La Torre, en su obra "Principios de Derecho Comercial", pág. 56.

<sup>35</sup> CÓDIGO DE COMERCIO. "Artículo 5. Las costumbres mercantiles servirán, además, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos y convenios mercantiles. Artículo 6. La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser por lo menos, cinco comerciantes idóneos, inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3°; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo."

<sup>36</sup> CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. "Artículo 189.- Prueba de usos y costumbres. Los usos y costumbres aplicables conforme a la ley sustancial, deberán acreditarse con documentos auténticos o con un conjunto de testimonios. Artículo 190.- Prueba de la costumbre mercantil. La costumbre mercantil nacional invocada por algunas de las partes, podrá probarse también por cualquiera de los medios siguientes: 1. Copia auténtica de dos decisiones judiciales definitivas que aseveren su existencia. 2. Certificación de la cámara de comercio correspondiente al lugar donde rija. "

denunciada distribuyó unos bonos de descuento sobre el precio del gas propano o GLP en municipios del Norte de Santander, contrariando con ello las disposiciones de la ley de servicios públicos y las regulaciones de la CREG. En segundo lugar se señala que la empresa denunciada habría enviado una comunicación a los usuarios de gas propano o GPL indicándoles, entre otros que la empresa cumplía 45 años en el mercado lo cual no corresponde a la realidad, y les habría manifestado a los usuarios que "(...) *Por lo tanto, no permita que le cambien su cilindro por otro ajeno al suministrado por Norgas.*", vulnerando de esta forma el Estatuto de Protección al Consumidor.

Finalmente, se indica en la denuncia que la sociedad denunciada habría desviado ilegalmente la clientela al haber estacionado sus vehículos en los depósitos de propiedad de la denunciante para ofrecer los bonos de descuento sobre sus productos, sin hacer alusión sobre este punto a la costumbre mercantil o uso que habría sido vulnerado.

A continuación se analizarán cada una de las conductas denunciadas por infringir el artículo 8 de la ley 256 de 1996 para efectos de establecer si efectivamente se probó la existencia de la conducta, y si ésta resulta contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial y comercial, adecuándose de esta forma al supuesto normativo en mención. Veamos:

*i) Conducta mediante la cual la denunciada distribuyó unos bonos de descuento sobre el precio del gas propano o GLP en municipios del Norte de Santander:*

Estima el denunciante que la anterior conducta resulta contraria a las sanas costumbres comerciales y a los usos honestos en materia industrial y comercial, en la medida que se desconocen las prohibiciones y límites impuestos por la ley de servicio públicos que prohíben establecer privilegios y discriminaciones injustificadas<sup>37</sup>, y aplicar tarifas por debajo de los costos operacionales de la empresa<sup>38</sup>. Para efectos de establecer si efectivamente la conducta denunciada desconoce las sanas costumbres comerciales y los usos honestos en materia comercial, analizaremos inicialmente si en la actividad de distribución mayorista de gas propano pese a la regulación estatal, pueden los oferentes de este servicio competir en materia de precios, o si por el contrario éstos son fijados íntegramente por el gobierno. Posteriormente miraremos si los descuentos realizados sobre los precios del gas propano se ajustaron a las exigencias legales sobre la materia.

o *Competencia en la actividad de distribución de gas propano (GLP).*

Nuestra Constitución protege y garantiza la libertad económica y la iniciativa privada como aspectos fundamentales dentro de una economía de mercado que se caracteriza por la libre oferta y demanda de bienes y servicios. Así, los comerciantes son libres de escoger los medios lícitos y leales para promocionar sus productos y las técnicas de mercadeo que desea utilizar para ello, de manera que sus productos resulten atractivos para sus potenciales compradores.

En este sentido esta Entidad ha señalado que: "(...) *por regla general los distribuidores y expendedores podrán fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetar al consenso de otras voluntades el precio, el cual debe estar determinado por el libre juego de la oferta y la demanda.*"<sup>39</sup>

El mercado de distribución de gas propano o GLP, se caracteriza por ser un mercado regulado a través de las disposiciones de la ley 142 de 1994 y demás normas complementarias emitidas por la Comisión de

<sup>37</sup> Artículo 34 de la ley 142 de 1994.

<sup>38</sup> Artículo 98 de la ley 142 de 1994: "98.1. *Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.*

98.2. *Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.*

<sup>39</sup> Concepto No. 01098640 del 17 de diciembre de 2001.

Regulación de Energía y Gas - GREG.<sup>40</sup> Bajo estas disposiciones los distribuidores mayoristas de este producto tienen una serie de obligaciones especiales concernientes a la seguridad, al seguimiento de unas formulas tarifarias que establecen un precio máximo de venta al público<sup>41</sup>, entre muchos otros aspectos que determinan el ejercicio de esta actividad.<sup>42</sup> No obstante lo anterior, las políticas adoptadas<sup>43</sup> tienden a liberalizar este servicio, promoviendo la competencia entre los distintos distribuidores mayoristas<sup>44</sup>, pudiendo éstos libremente establecer sus políticas de mercadeo y publicidad, y definir las tarifas de acuerdo con su estructura de costos y las formula tarifarias señaladas por la CREG, bajo los límites mínimos y máximos permitidos por la ley.<sup>45</sup>

De esta manera, y, no obstante la regulación existente en el sector, los distribuidores mayoristas de GLP se encuentran en capacidad de competir con los demás distribuidores a través de los precios de sus productos dentro de los límites legales que corresponden a un precio máximo dado por la formula tarifaria de la CREG y un precio mínimo dado por los costos operativos de la empresa.<sup>46</sup>

o *Descuentos realizados por la sociedad denunciada.*

Los descuentos, como modalidad utilizada para promocionar los bienes y servicios ofrecidos por una empresa e incrementar sus ventas constituye un mecanismo ordinario en el comercio; sin embargo, éste supone el cumplimiento de una serie de condiciones establecidas en la ley.

Además de la información veraz y suficiente que le debe ser entregada al consumidor y de su carácter temporal, la ley exige que para el caso de los servicios públicos, las promociones correspondan a la estructura de costos de la empresa, independientemente de que ésta posea una posición de dominio o no.<sup>47</sup>

En efecto, la publicidad con incentivos ofrecida por los empresarios, como por ejemplo los bonos de descuento que conciernen a este caso, supone que la información que se le dé al público coincida con la realidad, que además se le informe de manera suficiente sobre las condiciones que supone la promoción que se realiza de manera que el consumidor no pueda verse inducido a error o engaño; igualmente debe indicarse el término durante el cual la promoción puede hacerse efectiva<sup>48</sup>.

<sup>40</sup>En ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 142 de 1994 y los Decretos 1524 y 2253 de 1994, la Comisión de Regulación de Energía y Gas establece mediante resoluciones las fórmulas tarifarias por producto y transporte aplicables a los grandes comercializadores de Gas Licuado de Petróleo (GLP)

<sup>41</sup>El Artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994 establece que es función de la Comisión de Regulación de Energía y Gas "a.- Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia"

<sup>42</sup>Concepto No. 01098640 del 17 de diciembre de 2001.

<sup>43</sup>El Artículo 73 de la Ley 142 de 1994 establece que "Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad".

<sup>44</sup>El Artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994 establece que es función de la Comisión de Regulación de Energía y Gas "a.- Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia"

<sup>45</sup>Mediante resoluciones 083 y 084 y 144 de 1997, 035 de 1998, 048 y 052 de 2000, y 011, 012 y 044 de 2001 de la CREG, se establecen las fórmulas general de costos y las fórmulas tarifarias de las actividades de los comercializadores mayoristas y distribuidores de los gases licuados del petróleo (GLP). En estas resoluciones se establece una fórmula tarifaria para determinar los precios del GLP que pueden cobrarse al usuario final, como suma máxima que debe pagar el usuario por determinada cantidad del producto.

<sup>46</sup> Artículo 34 y 98 de la ley 142 de 1994

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Artículo 16 decreto 3466 de 1982.

La utilización de propaganda comercial con incentivos supone que la información publicada con fines de propaganda, sea clara, veraz y suficiente, además de no inducir a error al consumidor, por lo tanto para efectos de lo dispuesto en los artículos 14, 31 y 32 del decreto 3466 de 1982, se considera que una publicidad es capaz de inducir a error al consumidor cuando no cumple con las indicaciones respecto de la entrada en vigencia y terminación del ofrecimiento, así como de la indicación del número de existencias – cuando a ello se haya sujetado el ofrecimiento –. Así pues, cuando en la indicación de la publicidad mediante incentivos se presente el incumplimiento uno de los requisitos antes enunciados resultará procedente la suspensión de la publicidad.

De otro lado, en lo concerniente a la exigencia de que las promociones correspondan a la estructura de los costos operativos de la empresa, la ley 142 de 1994 establece como una restricción indebida de la competencia, "el cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio y la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa"<sup>49</sup>. Estas conductas se encuentran prohibidas para todas las empresas prestadoras de un servicio público independientemente de su posición en el mercado. Así mismo en el artículo 98 de esta Ley se señala como una práctica restrictiva de la competencia el ofrecer a los clientes de un mercado competitivo tarifas inferiores a los costos operacionales.

En consecuencia, los descuentos realizados por una empresa prestadora de un servicio público deberán encontrarse dentro de los anteriores términos para que puedan llegar a considerarse ajustados a la ley.

De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, no logró demostrarse tampoco que los descuentos realizados por la empresa Norgas S.A. E.S.P., hubiesen contrariado las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial y comercial.

En efecto, en lo que respecta a la calidad y seriedad de la información suministrada al público en las promociones realizadas por la empresa denunciada, de conformidad con el memorando enviado a este Despacho por el Jefe de Grupo de Instrucción e investigación de la Delegatura para la Protección al Consumidor de esta Entidad, se informa que con relación a la denuncia impetrada por la sociedad Solgas S.A. E.S.P., contra la sociedad Norgas S.A. E.S.P. "no se encuentra violación a las normas de protección al consumidor."<sup>50</sup>

Así mismo, con las pruebas recaudadas quedó demostrada la veracidad de la promoción realizada por la denunciada<sup>51</sup>:

<sup>49</sup> Numerales 1 y 2 del artículo 34 de la ley 142 de 1992.

<sup>50</sup> Radicación número 01203011-04 del 10 de enero de 2002, obrante a folio 96 del expediente.

<sup>51</sup> a) Interrogatorio practicado a la representante legal de la denunciada:

"Pregunta 5. Explique a este Despacho en qué consistieron los bonos de descuento repartidos por su empresa y la época en la cuál aquellos fueron distribuidos. Respuesta: Primero que todo los bonos de distribuyeron por la fidelidad de los clientes y por el cumpleaños numero 45 de Norgas. Se repartió de julio de 2001 hasta febrero de 2002, creo."

"Pregunta 7. Indique a este Despacho si actualmente se distribuyen dichos bonos, o si se realizan otro tipo de incentivos para los usuarios? Respuesta: En este momento no se están distribuyendo bonos, se aplican ciertos descuentos por volumen dependiendo de los clientes. Es una práctica leal del negocio."

b) Testimonio rendido por el señor Avilio Villamizar, en su calidad de usuario de gas propano al que le fue entregado un bono de descuento:

"Preguntado 1. Se solicita al deponente efectuar un relato de todo lo que conozca y sepa sobre los hechos materia de investigación. Respuesta: De lo que conozco, hubo la existencia de unos bonos de descuento que fueron repartidos en las casas a través de unos jóvenes, en los cuales nos daban la oportunidad de realizar compras de gas con un beneficio de descuento, de los cuales en dos ocasiones se realizó esa compra por parte nuestra. Los bonos tenían el descuento por parte de la empresa Norgas."

"Pregunta 3. Sírvase explicar al Despacho si al momento de hacer efectivos los bonos de descuento que dice usted Norgas repartió en las casas, tuvo alguna dificultad, es decir, si la empresa manifestó en alguna forma la negativa a redimir el descuento contenido en dichos bonos. Respuesta: No hubo negativa en el momento de hacer efectivo el bono. Yo cancelé el valor que correspondía al costo, menos el descuento que me daban."

c) Obra en el expediente, de acuerdo con el requerimiento formulado por este Despacho, un diskette suministrado por la sociedad denunciada con la base de datos de todas las personas que gozaron del beneficio del bono de descuento

Por otra parte, la denunciante no probó que la denunciada hubiese realizado promociones por debajo de los costos o gastos operativos, o por fuera de los límites máximos señalados por la CREG con relación a sus productos. Así fue establecido en el "informe relacionado con el caso Solgas S.A. E.S.P. Vs. Norgas S.A. E.S.P." del expediente de la averiguación preliminar adelantada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios<sup>52</sup>.

Con fundamento en dicho informe, para este Despacho los descuentos realizados por la sociedad Norgas S.A. E.S.P., se derivan de la libertad de esta empresa para competir a través de sus precios, dentro de los límites máximos y mínimos establecidos en la ley. No se acredita tampoco que la conducta descrita haya contrariado las sanas costumbres comerciales o a los usos honestos en materia industrial o comercial tal y como lo exige el artículo 8 de la ley de competencia desleal.

ii) *Conducta según la cual la empresa denunciada habría enviado una comunicación a los usuarios de GLP informándoles acerca de su 45º aniversario, e indicándoles entre otros aspectos que: "... Por lo tanto, no permita que le cambien su cilindro por otro ajeno al suministrado por Norgas."*

Considera el denunciante que la anterior conducta constituye una violación a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial. Además señala una violación al estatuto de Protección al consumidor.

No obstante lo anterior, analizado el contenido completo de la comunicación dirigida a los usuarios de Norgas S.A. E.S.P., es posible apreciar que el propósito de aquella fue la de dar a conocer la trayectoria de la empresa, sus características y méritos por la seguridad y calidad en sus productos, para finalmente señalarle a los usuarios que no se dejaran cambiar su cilindro por otro ajeno al suministrado por Norgas.

De esta manera y recordando que según la regla técnica de la carga de la prueba, son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso, quienes tienen el deber de solicitar las pruebas necesarias para establecer la realidad de los hechos sobre los cuales se fundan sus pretensiones, es preciso concluir que en el caso sub examine, no fue posible determinar la existencia de la conducta denunciada que ahora se analiza.

En este orden de ideas, este Despacho considera que la conducta desplegada por la denunciada, no cumple con los supuestos normativos requeridos por el artículo 8 en mención, esto es, la contrariedad a las sanas costumbres comerciales o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

iii) *Conducta según la cual la empresa denunciada se habría estacionado en los depósitos de propiedad de la denunciante para ofrecer los bonos de descuento sobre sus productos.*

En la denuncia presentada por el apoderado de la empresa Solgas S.A. E.S.P., se indica que la sociedad denunciada se habría estacionado en sus depósitos para promocionar, a través de altoparlantes, sus productos y los descuentos que sobre ellos se estaban realizando.

---

promocionado, mostrándose con ello la veracidad de la promoción realizada.

<sup>52</sup> "Norgas S.A. E.S.P. no ha vendido el galón de GLP, ofrecido a los usuarios, por debajo de los costos y gastos operacionales. La tarifa publicada por Norgas S.A., E.S.P., en el periódico la Opinión del 29 de junio de 2001 es la tarifa máxima permitida a cobrar a los usuarios finales. Mientras este valor supere los costos y gastos operacionales de un galón de GLP, no infringe lo establecido en el artículo 98.2 de la ley 142 de 1994 ni tampoco el artículo 7 de la ley 256 de 1996 "por la cual se dictan normas sobre competencia desleal" Por lo tanto, Norgas S.A. E.S.P., podía legalmente ofrecer descuentos a los usuarios del servicio de Gpl, en las condiciones fijadas en el bono emitido y durante el periodo de la promoción. El porcentaje de participación de los descuentos (0.38%) que la empresa ha otorgado desde el mes de julio a noviembre de 2001, con respecto a los ingresos acumulados en el mismo periodo, no afectan las finanzas de Norgas S.A. E.S.P., dadas (sic) los altos ingresos operacionales de la empresa y lo positivo del estado de resultados. (...) Lo actuado por Norgas S.A. E.S.P., en materia tarifaria y financiera, no infringe lo establecido en las normas legales existentes sobre la materia, (...)"

De conformidad con las pruebas que obran en el proceso la anterior conducta no pudo ser demostrada por la denunciante. Sin embargo, es preciso señalar que tampoco se hizo mención a la costumbre mercantil o el uso industrial o comercial que habría sido vulnerado.

Existen una serie de declaraciones que indicaron la estrategia de mercado utilizada por la denunciada para distribuir los bonos de descuento entre los usuarios de gas propano por parte de la denunciada, sin que se hiciera alusión a la conducta denunciada que ahora se analiza<sup>53</sup>, tal y como se evidenció en las declaraciones de parte que constan en el expediente y en el testimonio rendido por el señor Avilio Villamizar<sup>54</sup>.

Así las cosas, la demandante no demostró siquiera la existencia de la conducta antes señalada, y por lo tanto no es posible su adecuación típica a la norma bajo análisis, ya que tal y como se señaló anteriormente, y no obstante ser permitida la oficiosidad en el decreto y práctica de las pruebas, es lo cierto que prevalece la regla según la cual "*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*"<sup>55</sup>, pues nadie mejor que los interesados para conocer los medios de prueba que deben emplear con el fin de demostrar los hechos que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

- Desviación de la clientela

Considerando que la ausencia de prueba de alguno de los elementos normativos de una disposición hace imposible la adecuación típica de la conducta, resulta innecesario evaluar, por sustracción de materia, si se tenía por objeto o por efecto la clientela de la denunciante. No obstante lo anterior, vale la pena señalar que no obran en el proceso ninguna prueba destinada a demostrar este elemento de la norma.

<sup>53</sup> Folios 173 a 181 del expediente

<sup>54</sup> a) Declaración de la representante legal de la denunciada:

"Pregunta 10. Indique a este Despacho mediante qué mecanismos fueron distribuidos los referidos bonos a los usuarios de gas propano? Respuesta: Mecanismos que se utilizó fueron promotoras casa a casa y se vinieron haciendo por sectores mientras avanzaba a cobijar todo Cúcuta y su área metropolitana, por eso nos llevo tanto tiempo la distribución, y se controló mediante un software desarrollado por la empresa para evitar la falsificación del bono y tener en cuenta su redención.

"Pregunta 11. Indique a este Despacho, si o no es cierto, que su compañía distribuyó tales bonos en los depósitos de la sociedad Solgas. Respuesta: No es cierto. Se distribuyo puerta a puerta al consumidor final, no en expendios, y lo pueden verificar en la base de datos que reposan en nuestra empresa y que ya fue enviada a la Superintendencia."

b) Testimonio rendido por el señor Avilio Villamizar, en calidad de usuario de gas propano y de beneficiario de los bonos de descuento:

"Pregunta 1. Se solicita al deponente efectuar un relato de todo lo que conozca y sepa sobre los hechos materia de investigación. Respuesta: De lo que conozco, hubo la existencia de unos bonos de descuento que fueron repartidos en las casas a través de unos jóvenes, en los cuales nos daban la oportunidad de realizar compras de gas con un beneficio de descuento, de los cuales en dos ocasiones se realizó esa compra por parte nuestra. Los bonos tenían el descuento por parte de la empresa Norgas.

Pregunta 6. Sírvase precisar en qué forma eran repartidos los bonos de descuento ofrecidos por Norgas en su lugar de domicilio. Respuesta: Llegaron a la casa, tocaron la puerta y ofrecieron el bono, explicaron en qué consistía la promoción y me tomaron el nombre y me entregaron los bonos.

Pregunta 7. Sírvase Ud. Explicar si conoció de la existencia de dichos bonos por medios diferentes al enunciado en la pregunta anterior. Respuesta: No conocí otra manera, porque fue la única forma en la que me llegaron."

c) Declaración del representante de la empresa denunciante:

"Pregunta 12. Dentro de los hechos señalados en la denuncia, se afirma que la empresa denunciada estacionó sus vehículos en los depósitos de propiedad de Solgas. Explique a este Despacho en que consistió exactamente dicha conducta y si la misma es una conducta usual dentro del mercado de gas propano. Respuesta: los vehículos se pararon frente a los depósitos con parlantes anunciado el respectivo bono. Esa conducta no es usual dentro del mercado.

"Pregunta 13: Igualmente, dentro de los hechos señalados en la denuncia, se afirma que la empresa denunciada utilizó altoparlantes para atraer a los clientes. Quisiera usted explicar a este Despacho qué información era suministrada a través de dichos altoparlantes: Respuesta: La información era de anunciar el famoso bono con desmejora o detrimento para la empresa nuestra."

<sup>55</sup> Artículo 177 C.P.C.

#### 4.2 Actos de desorganización

El artículo 9 de la ley 256 de 1996 considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. Conforme a lo anterior la norma exige la demostración de la existencia de los siguientes elementos:

- Conducta que tenga como objeto o efecto desorganizar internamente.

En el estudio de la norma que nos ocupa se exige el objeto o el efecto, sin que sea necesario la participación o concurrencia de los mismos.

Desde el punto de vista del objeto, las normas de competencia desleal tienen en cuenta la potencialidad de daño de una conducta frente a un mercado o a un competidor, así los agentes no lo busquen. Una interpretación diferente sería solo para considerar desleales las conductas en las que el agente quiera causar daño y actúe con dolo, mas no en los que actúe con culpa.<sup>56</sup>

La expresión efecto no está definida en la ley. En esa medida debe acudirse a su sentido natural y obvio. Efecto está definido como lo que sigue por virtud de una causa o fin para que se haga una cosa.<sup>57</sup>

Ahora bien, el verbo desorganizar es el rector de la frase y significa desordenar en sumo grado, llenar de confusión y desorden.<sup>58</sup>

Bajo el supuesto en comento, es necesario establecer conductas que resulten en quebranto de la organización interna de una empresa. Para tal efecto lo realizado, debe afectar la propia infraestructura de la empresa, bien sea de sus empleados, del establecimiento, etcétera. En este sentido se debe desorganizar la empresa, las prestaciones o el establecimiento.

Veamos la situación planteada a fin de establecer si el actuar de la sociedad denunciada podría llegar a adecuarse a este supuesto normativo, configurando actos de desorganización:

De acuerdo con los términos de la denuncia, la sociedad demandada estaría realizando actos de desorganización, al haber emitido un bono de descuento sobre el precio del gas propano en los lugares donde la denunciante tiene posicionados sus productos. Dicho bono estaría contrariando las exigencias legales emitidas por la CREG con el propósito de desorganizar el mercado de este producto y afectando los intereses económicos de la denunciante.

En esta medida, el denunciante acusa la desorganización del sector productor de GLP en el departamento del Norte de Santander. No obstante lo anterior, el supuesto normativo que ahora es analizado, exige la desorganización interna de la empresa, de sus prestaciones mercantiles o del establecimiento ajeno, y no, como lo sugiere el denunciante, la desorganización de un determinado sector en el mercado.

<sup>56</sup> Artículo 63 código civil. La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale a dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar el negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

<sup>57</sup> Diccionario de la Lengua Española, Tomo 1, página 791.

<sup>58</sup> Larousse. Diccionario práctico español moderno.

Al respecto es conveniente señalar que la finalidad de las normas de competencia, es justamente la de promover la competencia entre los distintos oferentes de bienes y servicios para que el consumidor o usuario se vea beneficiado de los esfuerzos de los competidores para atraer a sus clientes a través de reducciones en los precios, de mejoras en su calidad o en la atención prestada. De este modo, toda conducta tendiente a evitar la competencia entre los oferentes de un bien o servicio en un determinado sector resultaría contraria a la libre competencia en el mercado.

De la misma manera, conforme al principio de libertad económica, existe, por regla general la libertad para que los distintos agentes económicos puedan ofrecer sus bienes y servicios en cualquier parte del territorio nacional, de acuerdo con su estructura de costos y el libre juego de la oferta y la demanda. De tal modo, y siempre que las normas que regulan un determinado sector así lo permitan, es obligación de todos los que participan en él, ofrecer sus bienes y servicios en constante competencia con los demás oferentes.

En este sentido, se ha señalado<sup>59</sup>:

*"De conformidad con lo expuesto, todas las personas tienen el derecho de concurrir al mercado dentro de un marco de competencia en el cual cada uno de los participantes lucha por atraer el mayor número de consumidores posible y en el evento de lograrlo, sus competidores ven disminuida la demanda de las prestaciones mercantiles que ofrecen. En conclusión, si en la lucha por atraer a los consumidores se utilizan medios legales y leales, quienes resulten vencidos en virtud del libre juego de la oferta y la demanda tienen la obligación de soportar dicho efecto. A contrario sensu, cuando dentro de esa lucha los competidores se valen de medios restrictivos o desleales que distorsionan el mercado, su conducta se hace reprimible"*

Tal y como se demostró anteriormente, de acuerdo con las regulaciones emitidas por la CREG, es posible que los distribuidores mayoristas de gas propano compitan entre sí, ya sea mediante precios que se encuentren dentro de los límites establecidos, o a través de la calidad y el servicio ofrecido a los clientes.

Finalmente cabe advertir que dentro de las pruebas obrantes en el proceso, tampoco fue posible inferir la desorganización interna de la empresa denunciante, de sus prestaciones mercantiles o de su establecimiento. Sobre tal punto, no fue aportada ninguna prueba tendiente a demostrar dicha situación.

Bajo los anteriores planteamientos, es necesario concluir que no es posible realizar una adecuación de la conducta denunciada, respecto de la norma de competencia desleal analizada.

#### **4.3 Actos de confusión**

Según el artículo 10 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Para la tipificación de esta conducta es necesario primero establecer los elementos mínimos de la norma, para así proceder a su adecuación.

- Conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión

De acuerdo con este elemento de la norma, tanto la intención como el resultado son supuestos válidos para considerar una acción como desleal. Independientemente que se presente uno u otro, la conducta será calificada como desleal.

---

<sup>59</sup> JAECKEL, Jorge. Apuntes sobre Competencia Desleal. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Seminarios 8. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. 1998.

En atención a que la definición de confusión no está contenida en nuestras normas, es necesario atender la expresión en su sentido natural, es decir, entendiéndose como tal la "Reunión de cosas inconexas, falta de claridad: confusión de ideas, de argumentos. Acción de tomar una cosa por equivocación, error: confusión de nombres"<sup>60</sup> o "Acción y efecto de confundir, mezclar. (...)"<sup>61</sup>

Conforme a lo anterior, la norma bajo análisis exige que el público consumidor, a través de la conducta realizada, pueda llegar a escoger una cosa (actividad, prestaciones mercantiles o establecimiento de comercio ajenos) con la convicción errada de que está escogiendo otra.

- La confusión debe recaer sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos

La conducta descrita en la norma supone la posibilidad de que se cree una confusión en el público respecto de: i) una actividad ajena, ii) unas determinadas prestaciones mercantiles ajenas, o iii) un establecimiento de comercio ajeno. De ahí que siempre deberá existir un punto de referencia en el mercado colombiano sobre el cual pueda predicarse dicha confusión.

Para el caso que nos ocupa la tipificación de esta norma no se presenta, pues no se logró demostrar que la conducta realizada por la denunciante tuviera el objeto o el efecto de crear confusión. Veamos:

De acuerdo a lo señalado en la denuncia, la sociedad denunciada habría realizado actos de confusión al haber enviado una comunicación a todos los usuarios de gas propano en algunos municipios del Norte de Santander, indicándoles entre otros aspectos, que no se dejasen cambiar sus cilindros de gas por otros diferentes a los de Norgas, con la intención de atarlos y confundirlos, ya que en realidad el cilindro pertenece es al usuario y no a la empresa distribuidora de gas.

La conducta mediante la cual la denunciada envió una comunicación a los usuarios de sus productos efectivamente se realizó tal y como consta en el expediente y lo reconoció la denunciada. Sin embargo, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso no es posible establecer que esta conducta haya tenido como objeto o como efecto confundir a los destinatarios de dichas comunicaciones.

Lo anterior se sustenta en que de acuerdo con el contenido y mensaje de la comunicación enviada por la denunciada a sus usuarios, no es posible que se genere en el consumidor confusión acerca de la actividad, las prestaciones mercantiles ajenas o el establecimiento comercial ajeno, pues es claro para él que se trata de la empresa Norgas S.A. E.S.P., y no de otra diferente a ella. De esta manera, el consumidor tiene plena conciencia de la empresa remitente, de su actividad y de los productos y prestaciones mercantiles ofrecidos por ella, y no existe ninguna posibilidad, de que a través de tal comportamiento, pueda presentarse algún riesgo de confusión sobre la identidad, el origen o productos de una empresa.

Durante la presente investigación, no fueron aportadas pruebas encaminadas a demostrar la potencialidad de la conducta de la parte denunciada, o la confusión en que pudo haber incurrido el público, a causa de la conducta desplegada por la parte denunciada.<sup>62</sup> En esa medida, considerando que los hechos probados en la presente investigación no comportan por sí mismos un riesgo de confusión para el público, es necesario concluir que la conducta desplegada por la denunciada, no cumple con los supuestos normativos requeridos por el artículo 10 en mención.

<sup>60</sup> Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse. Segunda Edición, Tomo I, 1990

<sup>61</sup> Diccionario Enciclopédico Espasa, Ciclopes Dantes, Octava edición, Madrid 1978.

<sup>62</sup> Art. 177 del C.P.C. "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

#### 4.4 Facultades administrativas

Con la entrada en vigencia de la ley 689 (artículo 13 numeral 32) de 2001, es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la Entidad encargada de conocer las conductas constitutivas de competencia desleal, en uso de facultades administrativas. Por lo anterior, se aclara que el pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso se circunscribirá a lo que a sus facultades jurisdiccionales compete.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

#### RESUELVE:

**ARTICULO PRIMERO.** La Superintendencia de Industria y Comercio, en uso de sus facultades jurisdiccionales, declara que con la conducta objeto de investigación, la sociedad NORGAS S.A. E.S.P. no infringió los artículos 8, 9 y 10 de la ley 256 de 1996. En consecuencia se termina la presente investigación y se ordena su archivo, sin que haya lugar al trámite incidental de tasación de perjuicios.

**ARTICULO SEGUNDO-** Notifíquese personalmente a la señor Gabriel Ortega Peñuela, representante legal de la sociedad SOLGAS S.A. E.S.P., y al señora Gladys Melendez, representante legal de la sociedad NORGAS S.A. E.S.P., el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra proceden los siguientes recursos:

1. Recurso de reposición, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes.
2. Recurso de apelación, interpuesto por escrito y con presentación personal, ante el Superintendente de Industria y Comercio para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el acto de notificación o dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **01** OCT. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio,

  
MONICA MURCIA PAEZ

#### NOTIFICACIONES:

Doctor  
**FERNANDO DIAZ RIVERA**  
C.C. 13.463.979  
Apoderado  
**SOLGAS S.A. E.S.P.**  
Calle 10 No. 3-42 Ofic. 604  
Cúcuta, Norte de Santander

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**  
**EL SECRETARIO GENERAL AD-HOC**  
**CERTIFICA**

Que fue remitido despacho comisorio No. 5383  
Dirigido a la alcaldia municipal de Cucuta

El día \_\_\_\_\_

Con el fin de notificar el contenido de la presente  
Resolución conforme a lo dispuesto en el código  
contencioso administrativo.

108

Doctora  
**MARTHA LILIANA TELLEZ BELTRAN**  
C.C. 52.558.584 de Bogotá  
Apoderado  
**NORGAS S.A. E.S.P.**  
Calle 79A No.8-66  
Bogotá D.C.