

RÉGIMEN LEGAL DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Javier Ramírez Gómez*

Resumen

La Ley 142/94 contiene una variada gama de normas que regulan el tema de la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios que ameritan ser analizadas comparativamente con las normas generales de competencia contempladas en otras leyes, a fin de precisar sus rasgos particulares y puntos afines. La regla general en los servicios públicos domiciliarios es la libre competencia, que le permite a cualquier operador entrar a prestar el servicio sin la necesidad de un título habilitante. No obstante, se admiten las áreas de servicio exclusivo, que imponen la presencia de un operador único a cuyo cargo queda la prestación del servicio en una zona y tiempo determinados. De otro lado, la dinámica del sector puede conllevar la comisión, por parte de algunas empresas, de prácticas contrarias a la libre competencia; su vigilancia y control ha sido radicada en las Superintendencias de Servicios Públicos Domiciliarios y de Industria y Comercio, aunque desde ámbitos de competencia diferentes.

Palabras clave: Servicios públicos domiciliarios, libertad de competencia.

Abstract

Law 142/94 contains a varied gamut of norms regulating the topic of competence in the domiciliary public service sector which are worth to be comparatively analyzed with other law competence general norms, in order to clearly

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2003

* Abogado de la Universidad del Norte. Especialista en Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad Externado de Colombia – Universidad Autónoma de Madrid. Especialista en Servicios Públicos Domiciliarios de la Universidad Externado de Colombia. jramirez@aaa.com.co.

state its particular features and similarities. The general rule for domiciliary public services is free competence, which allows any operator to start rendering service without having an habilitating title. Nevertheless, exclusive service areas are admitted and these impose the presence of a unique operator, who is in charge of the provision of the service in a given time and place. On the other hand, the sector dynamics can include along the exertion of practices which are opposed to free competence. Their surveillance and control has been left to the Domiciliary Public Services, Industry and Commerce Superintendence, although from different contexts of competence.

Key words: Domiciliary public services, freedom of competence.

INTRODUCCIÓN

El derecho a la competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios resulta ser un desarrollo directo del mandato constitucional contenido en el artículo 333 de la Constitución Política, que le impone al Estado la obligación de impedir prácticas que restrinjan la libertad económica y de evitar o controlar las prácticas abusivas de la posición dominante en que puedan incurrir las empresas que participan del mercado nacional. Por otra parte, el artículo 365 de la Constitución Política fija una pauta clara de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios sobre la base de la libre entrada de los distintos operadores, que es desarrollada a través del artículo 10 de la Ley 142 de 1994; incluso, algunos autores como el Dr. Hugo Palacio Mejía¹ sostienen que también se ha consagrado una «libre salida», que permite que los operadores eficientes se tomen el mercado de los ineficientes, quienes de esta forma abandonan el mercado sin que las autoridades tengan que darles favores o privilegios para evitarlo.

Una de las pretensiones académicas de este artículo consiste en realizar un análisis de los regímenes de competencia (el general, conformado por las leyes 155 de 1959 y 256/96 y el decreto 2153 de 1992, y el especial, contenido en la Ley 142 de 1994), para lo cual debe tenerse siempre presente que ambos poseen una base constitucional que se las otorga el artículo 333 de la Carta Política. (Sostenemos lo anterior porque si bien es cierto la Ley

¹ PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El derecho de los servicios públicos. Derecho Vigente*. Bogotá, 1999, p 169.

155/59 obedeció a una dinámica político-jurídica anterior a la Carta Política actual, la primacía en la aplicación de las otras dos disposiciones es indiscutible frente al manejo del tema de la competencia en el país).

En este sentido, frente al caso de los servicios públicos domiciliarios, es claro que el constituyente ideó una fórmula de competencia que debe ser propiciada siempre que sea posible. No de otra forma se explica la previsión del artículo 365 de la Carta Política, que establece que cuando el Estado por razones de soberanía o interés social se reserve algunos servicios públicos deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que resulten privadas del ejercicio de una actividad lícita. A diferencia del régimen general de competencia, en el sector de los servicios públicos domiciliarios, las normas de competencia adquieren un fin marcadamente promocional; en tal virtud, le corresponde al Estado propiciar y promover que existan condiciones de competencia entre las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, en pos de favorecer a los usuarios.

El contexto normativo de la competencia, erigido sobre una base general aplicable a todas las actividades económicas lícitas, dispuesto en las leyes 155 de 1959, 256 de 1996 y el decreto 2153 de 1992, cuenta, para el sector específico de los servicios públicos domiciliarios, con la Ley 142 de 1994, que no obstante ser especial, tiene un espectro de generalidad que le corresponde ir concretando, con normas particulares de competencia, a las Comisiones de Regulación de cada servicio.

Como podremos evidenciar más adelante, la estructura normativa de las leyes 155/59 y 256/96 difiere en gran medida de la asumida por la Ley 142/94; en verdad, las tres leyes obedecen a marcos conceptuales distintos y se sustentan en fundamentos históricos y constitucionales particulares. Estas diferencias, como se podrá apreciar, van más allá de la natural y obvia distinción suscitada por el ámbito material propio de cada una, el cual nos indica que las primeras atañen al punto de la competencia desleal, en tanto que la Ley 142 de 1994 se ocupa de regular específicamente la actividad de servicios públicos domiciliarios, en medio de la cual, las normas de competencia son una parte integrante de un todo.

A partir de esta breve introducción esbozamos abiertamente que una primera parte de nuestra línea metodológica para la elaboración de este artículo se halla encaminada, a partir de un examen general de las leyes 155/59 y 256/96 del decreto 2153/92 y de la Ley 142 de 1994, a resaltar las particularidades de cada régimen, a pesar de lo cual haremos también alusión a los puntos de coincidencia existentes entre el régimen general de

la competencia y el especial contenido en la Ley 142/94, que nos señalan una innegable complementariedad entre sus disposiciones; a la vez que nos dejan entrever el carácter supletivo que pueden tener las normas que integran el primero de tales regímenes para la regulación de comportamientos restrictivos de la competencia en que incurran los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

En la segunda parte del artículo abordaremos la temática de las áreas de servicio exclusivo, figura consagrada en el artículo 40 de Ley 142/94, que constituye la gran excepción a la regla general de competencia, en la medida en que a través de ella, por motivos de interés social y con el propósito de ampliar la cobertura, se admite la entrega de un determinado espacio geográfico por un tiempo preciso a un operador exclusivo de servicios públicos para que preste allí servicios de acueducto y alcantarillado, saneamiento básico, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica sin que le sea dado a ningún otro operador entrar a competir en esa zona.

Para la parte final del artículo hemos reservado el tópico referido a las funciones de protección y guarda de la competencia que le asisten a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Superintendencia de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades jurisdiccionales que les fueran asignadas por la Ley 446 de 1998.

ESTUDIO COMPARATIVO DEL RÉGIMEN GENERAL DE COMPETENCIA (LEY 155/59, LEY 256/96 Y DECRETO 2153 DE 1992) Y DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE COMPETENCIA EN EL SECTOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (LEY 142 DE 1994)

1. MARCO GENERAL

1.1. Remisión expresa de la Ley 142/94 a las normas de competencia desleal del Código de Comercio

Como lo expusimos en la parte introductoria, en la comparación de los dos regímenes se debe tener en cuenta tanto los puntos de coincidencia como las particularidades que le son propias a cada uno. Bajo esta premisa, debemos tener presente que las disposiciones de la Ley 256/96 constituyen un marco general que igualmente resulta aplicable para la actividad que desarrollan las empresas de servicios públicos, conforme lo establecido en el artículo 34.5 de la Ley 142 de 1994, en el cual se incluyen dentro de las prácticas que deben abstenerse de realizar las empresas de servicios públicos

domiciliarias, las descritas en el Título V del Libro I del decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal y que fueron derogadas por las disposiciones que sobre la materia trae la Ley 256/96. De este modo, se logra establecer un tópico de complementariedad entre las normas de la Ley 142 de 1994 y la Ley 256 de 1996.

Bajo este marco general, encontramos que la Ley 256/96 está referida de forma exclusiva a determinar los actos de competencia desleal cuyos efectos tengan la entidad suficiente para afectar el mercado colombiano; por ese motivo, su ámbito de aplicación subjetiva se extiende no sólo sobre los comerciantes sino también sobre cualquier otro sujeto que participe en el mercado.

Por otra parte, es importante resaltar que cuando en dicha ley se define el concepto de prestaciones mercantiles se incluye en ella a la prestación de servicios, con lo cual se estaría incluyendo, sin lugar a dudas, a la actividad que desarrollan las empresas de servicios públicos domiciliarias, conforme lo reglado sobre el objeto social de estas últimas en el artículo 18 de la Ley 142/94.

No obstante, la Ley 142 de 1994 extiende su ámbito de regulación más allá de la proscripción de la competencia desleal, que, como sabemos, consiste fundamentalmente en la tipificación de una serie de actos, conductas o acuerdos entre los comerciantes que son reprochables jurídicamente. En efecto, en ella encontramos reglas sobre competencia dirigidas a evitar la formación de monopolios u oligopolios en un sector históricamente monopolizado por el Estado, o más bien, reglas dirigidas a promover la participación de inversionistas privados, nacionales o extranjeros, en él. Y así mismo, la Ley 142/92 también se ocupa de establecer pautas de control sobre la actividad de los prestadores de servicios que ejerzan posición dominante en su respectivo mercado.

En todo caso, es claro qué, al menos en el punto a la competencia desleal, la Ley 142 de 1994 busca extender su radio de aplicación apoyándose en las disposiciones comerciales vigentes sobre la materia.

1.2. Pautas de interpretación

La forma de interpretación de la Ley 256/96 y de la Ley 142/94 obedece a un mismo patrón constitucional. En efecto, la primera de dichas disposiciones legales nos indica en su artículo 6 que para interpretarla se tendrán en cuenta los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa

privada libres dentro de los límites del bien común y de la competencia económica, libre, leal y responsable.

Por su parte, la Ley 142/94 consagra en su artículo 13 que los principios generales del Título I, Capítulo I se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre servicios públicos, y dentro de dichos principios se encuentran importantes reglas de competencia, como las contenidas en los artículos 2 y 3 sobre intervención del Estado y sus instrumentos, así como las del artículo 6 (Prestación directa de servicios por parte de los municipios), 9 (Derecho de los usuarios) y 10 (Libertad de empresa). La Ley 142/94 trae otra importante previsión normativa en materia contractual claramente dirigida a garantizar la competencia, que se encuentra consagrada en el artículo 30, el cual establece que los contratos deberán interpretarse de la forma que mejor garantice la libre competencia y que mejor impida los abusos de posición dominante, conforme lo ordena el artículo 333 de la Constitución Política, procurando con ello favorecer la continuidad y calidad en la prestación de los servicios.

1.3. Ámbitos concretos de aplicación

En desarrollo de este marco general hemos podido evidenciar que hay importantes puntos de complementariedad entre la Ley 142/94 y la Ley 256/96, a pesar de lo cual no podemos perder de vista que esta última tiene un objeto muy definido, que consiste en describir los actos que constituyen competencia desleal y las acciones que son conducentes contra los mismos (Declarativa y de condena – Preventiva y de prohibición), así como fijar el régimen procedimental bajo el cual se ejercerán dichas acciones.

La Ley 142/94, por su finalidad, comprende una variedad de temas mucho más extensa, porque su objetivo primordial es establecer el régimen especial de los prestadores de servicios públicos domiciliarios; por lo tanto, su contenido debe comprender normas contractuales, de régimen jurídico de las empresas, de protección al usuario, reglas sobre vigilancia y control, de promoción de la competencia, entre otras. En este último aspecto conviene resaltar que la Ley 142/94 nos presenta un entramado de artículos referidos directa o indirectamente al tema de la competencia: Art. 2, 4, 6, 9, 10, 11, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 27, 28, 30, 32, 34, 35, 38, 40, 41, 44, 52, 53, 57, 73, 74, 86, 87, 98, 133, 186, entre otros.

En materia de control a los abusos de posición dominante, la Ley 142/94, por la actividad a la cual está referida, adquiere un matiz particular frente al régimen general sobre competencia desleal (Ley 256/96). Sobre el parti-

cular es preciso tener presente que muchas de las actividades de servicios públicos domiciliarios son monopolios naturales, entendiendo por este último: «El monopolio que surge porque una única empresa puede ofrecer un bien o un servicio a todo un mercado con menos costes que dos o más empresas». De donde se desprende que la Ley guarde un especial interés por vigilar y controlar a los operadores monopólicos, para prevenir que abusen de su inevitable posición.

Otra particularidad de la Ley 142/94 la hallamos en las Comisiones de Regulación, concebidas como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial y adscritas al ministerio del ramo correspondiente, que tienen, casi como principal función, la promoción de la competencia y la regulación de los monopolios cuando de hecho sean inevitables.

De este modo, se le imprime un carácter particular y concreto al tema de la competencia en el sector de los servicios públicos, por cuanto los entes encargados de la regulación técnica, económica y jurídica deben propender de manera directa a establecer un marco regulatorio que no sólo garantice la libre competencia, sino que la promueva y estimule. En este contexto, todos los actos de competencia desleal deberán ser duramente sancionados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios conforme a la función que le fue atribuida de forma expresa por el numeral 32 del artículo 13 de la Ley 689, que modificó el artículo 79 de la Ley 142/94.

1.4. Concepto de competencia desleal

En desarrollo de este marco general resulta conveniente recordar la definición que de «competencia desleal» trae el artículo 7 de la Ley 256/96, la cual, no nos asiste duda, es perfectamente aplicable para el sector de los servicios públicos domiciliarios:

Constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.

1.5. El marco legal completo

Ahora bien, hasta aquí nuestra disertación se ha ocupado casi de forma

exclusiva en comparar la Ley 256/96 con la Ley 142/94, sin embargo, nuestro estudio no estaría completo si dejáramos pasar por alto el contenido de la Ley 155/59 y del decreto 2153/92.

La primera de dichas disposiciones se erige como el primer intento legislativo por entrar a regular el tema de la competencia en Colombia, claramente influenciada en su contenido por los desarrollos jurisprudenciales y legales que tuvo esta misma materia en Estados Unidos,² aunque al final su aplicación se vio desdibujada por cuenta de la previsión contenida en el parágrafo del artículo 1, que en su tenor literal expresa:

El gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general

A partir de esta excepción conferida al gobierno nacional se emitieron varias decisiones administrativas que hicieron virtualmente ineficaz el contenido de la Ley.

Aun así, vale la pena resaltar que, al menos en principio, la Ley 155/59 en su artículo 1 pretendía prohibir los acuerdos o convenios, al igual que toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

De alguna forma, nos estaría dado sostener que el decreto 2153/92 a través de su artículo 45 vino a desarrollar los alcances del artículo 1 de la Ley 155/59, aunque sólo en la medida en que definió los conceptos de acuerdo y acto. Así, por el primero se entiende: «*Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*», y por el segundo: «*Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica*».

A partir de las definiciones transcritas encontramos que las normas del marco general entran a suplir un aparente vacío dejado por el régimen especial, por cuanto el artículo 34 de la Ley 142 de 1994 no define los anteriores

² En 1890, en Estados Unidos, durante el Gobierno del presidente Harrison se expidió la *Sherman Act*, que prohibió «monopolizar el comercio» o «combinarse o conspirar para restringir el comercio». Posteriormente, en 1914 fue expedida la *Clayton Act*, que impidió la celebración de los *tying contracts* o «contratos amarrados», en los cuales un cliente es obligado a comprar un producto para que le vendan otro.

conceptos ni tampoco precisa sus alcances desde el punto específico de la competencia obviamente, dado que la definición general de contratos la hallamos tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio.

De este modo, de forma supletoria, encontramos que no sólo los contratos sino también los acuerdos y demás prácticas concertadas o conscientemente paralelas que puedan implicar que las empresas adopten comportamientos que se puedan considerar como restrictivos de la competencia están proscritos del sector de los servicios públicos domiciliarios; con lo cual se amplía el radio de acción de las autoridades encargadas de preservar las condiciones de competencia que estarán prestas a sancionar, además de los contratos suscritos por las empresas, también aquellos acuerdos tácitos o verbales que en la práctica se traduzcan en un paralelismo en la conducta de las empresas dentro del mercado, desarrollados en la misma época y que demuestren la potencialidad suficiente para restringir las condiciones de competencia en detrimento de los intereses de los usuarios.

1.5.1. *Acuerdos contrarios a la libre competencia*

La regulación de los acuerdos contrarios a la libre competencia se encuentra contenida en el artículo 47 del decreto 2153/92, norma que, como sostuvimos, cumple una función supletoria frente al régimen especial de la Ley 142 de 1994, cuya enunciación de los acuerdos contrarios a la libre competencia del artículo 34 no puede entenderse con un carácter taxativo, en la medida que el régimen general contempla otras clases de acuerdos en los que también podrían incurrir las empresas de servicios públicos domiciliarios en lesión de la libre competencia. Citemos sólo algunos de estos acuerdos que trae el régimen general y que resultan aplicables a los servicios públicos domiciliarios:

6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos; 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones; los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción

En igual sentido podemos pronunciarnos con respecto a los actos contrarios a la libre competencia, por cuanto en la Ley 142/94 están fundamentalmente referidos a tarifas y precios, en tanto que en el artículo 48 del

decreto 2153/92 se prevén otro tipo de actos que de forma supletiva resultan perfectamente aplicables a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que eventualmente podrían, por ejemplo, infringir las normas sobre publicidad, contenidas en el estatuto de protección al consumidor, o influenciar a una empresa competidora para que desista de rebajar sus precios o también negarse a vender o prestar servicios a una empresa, conductas todas éstas contenidas en el artículo 48 del decreto 2153/92.

Finalmente, nuestra alusión al marco general de la competencia lo culminamos destacando que en el artículo 2, numeral 1 del decreto 2153/92 se establecen las finalidades que se pretenden alcanzar con las normas de promoción de competencia, como son:

Mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

Una revisión de las orientaciones de la Ley 142/94 en materia de promoción a la competencia nos permite evidenciar la identidad de finalidades con respecto a la norma antes transcrita, veamos: a) La eficiencia es una obligación cuyo cumplimiento deben asegurar las empresas de servicios públicos conforme se establece en el artículo 11.1 de la Ley 142/94. Concretamente para las empresas del sector eléctrico, el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 143/94 dispone que el principio de eficiencia «*obliga a la correcta asignación y utilización de los recursos de tal forma que se garantice la prestación del servicio al menor costo económico*», b) El derecho a una libre selección por parte de los usuarios se halla consagrado en el artículo 9.2. de la ley, c) La libre participación de las empresas está plasmado en el artículo 10, y d) La variedad de precios y calidades de los servicios se garantiza con previsiones como la del artículo 34.2 de la Ley, que considera como restricciones indebidas a la competencia: «*Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia*».

2. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Los actos de competencia desleal –actos de desviación de la clientela, de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de imitación, de explotación de la reputación ajena, de violación de secreto, de inducción a la ruptura contractual, de violación de normas– se encuen-

tran desarrollados en los artículos 8 al 18 de la Ley 256/96; así mismo, en dicha norma hay también una especial mención a los pactos desleales de exclusividad en el artículo 19.

Las empresas dedicadas a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible, telefonía pública básica conmutada están en la posibilidad de incurrir en cualquiera de los actos de competencia desleal antes relacionados y cuya aplicación para el sector es expresamente establecida por el artículo 34.5 de la Ley 142/94, que realiza una remisión expresa al Título V del Libro I del Código de Comercio, que, como sabemos, fue derogado por la Ley 256/96.

No obstante, su aplicación en todos los servicios públicos muy probablemente no se hará con la misma intensidad y pertinencia, por cuanto unas condiciones reales de competencia sólo se han podido establecer en mayor medida para el sector de las telecomunicaciones; sin embargo, es importante tener claro que muchos de los servicios de dicho sector no están regulados por la Ley 142/94, como por ejemplo, la telefonía móvil celular y los servicios de valor agregado. A tales servicios las normas sobre actos de competencia desleal de la Ley 256/96 les serían igualmente aplicables, sólo que de forma directa y ya no por la remisión del artículo 34.5 de la Ley 142/94, que no les resultaría aplicable. También podríamos afirmar que se ha desarrollado un alto grado de competencia en la actividad de comercialización de energía eléctrica y una competencia restringida o aparente en la generación de energía eléctrica, toda vez que en la práctica 5 grandes empresas controlan el mercado de la bolsa, muy a pesar de que existen en el país más de 30 generadores de energía que participan en dicho mercado.

En los demás segmentos de servicio, las normas de competencia se ven enfrentadas a monopolios naturales que imponen el compromiso para el regulador de expedir resoluciones que simulen condiciones de eficiencia y calidad para tales monopolios, parecidas a las que tendrían lugar en un mercado competido. Dichos sectores, como el de acueducto y alcantarillado, no serían muy propensos a incurrir en este tipo de actos sino más bien en abusos de su posición dominante. Especial mención merece el servicio de aseo, cuyas últimas disposiciones, decreto 1713 de 2002 y decreto 891 de 2002, otorgan un especial realce al tema de la competencia.

Dentro de la amalgama de actos de competencia desleal que se encuentran descritos en la Ley 256/96, los de más factible ocurrencia en el sector de los servicios públicos serían, en primer lugar, los de desviación de la clientela, definidos así en el artículo 8:

Se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

En nuestro país ha habido algunos ejemplos de este tipo de actos en el sector de telecomunicaciones, especialmente en el servicio de larga distancia nacional e internacional, y también se han presentado en el servicio de comercialización de energía y en el servicio de aseo. Uno de los casos más sonados fue el de COMCEL, al que la Superintendencia de Industria y Comercio mediante resolución 4954 de marzo 13 de 2000 multó con una importante suma de dinero al haber comprobado ese ente de control y vigilancia que con el ofrecimiento y prestación del servicio N° 124, a través del cual los usuarios de COMCEL podían comunicarse a cualquier parte del mundo, se estaba incurriendo en una práctica de desviación de clientela frente a los operadores de larga distancia.

En el sector de los servicios públicos domiciliarios también son posibles los actos de comparación, que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 256/96 consisten en

[...] la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables.

Un ejemplo de este tipo de actos, de amplio dominio público, tuvo lugar entre los prestadores del servicio público de telefonía de larga distancia nacional e internacional, que incluso terminó con el retiro de la publicidad comparativa que Orbitel empleó en desmedro de Telecom durante la época del Mundial de Fútbol de Corea - Japón 2002 .

Consideramos que también son de muy probable ocurrencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios los actos de violación de secretos o de inducción a la ruptura contractual; lo cual no significa que descartemos para el sector los restantes actos de competencia desleal que están dentro de la tipología de la Ley 256/96.

Los ejemplos anteriores nos permiten ratificar una conclusión que consideramos necesaria: el régimen general de competencia de la Ley 256/96, en el cual se proscriben de forma particular todos los actos de competencia

desleal, es perfectamente aplicable a los servicios públicos domiciliarios de manera directa, en especial por la remisión expresa que al mismo se realiza en el artículo 34.5 de la Ley 142/94.

3. LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

3.1. Ley 142/94: *Ley de intervención – Ley de promoción*

La ley de servicios públicos la podemos catalogar desde una doble perspectiva como una ley de intervención económica y, al mismo tiempo, como una ley de promoción de la competencia. Esta doble naturaleza se ve reflejada al examinar las pautas de intervención del Estado contenidas en el artículo 2.6 de la ley cuando se dispone que la misma tendrá lugar con el fin de garantizar la libertad de competencia y prevenir la utilización abusiva de la posición dominante.

En el mismo sentido, la ley elimina la existencia de barreras de entrada o la necesidad de títulos habilitantes, por cuanto en su artículo 10 se establece que todas las personas tienen el derecho a organizar y operar empresas de servicios públicos domiciliarios en cualquier parte del país. Esta norma se ve complementada con lo dispuesto en el artículo 11.2, en el que se dispone que las empresas de servicios públicos para cumplir su función social deben *«abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia»*.

En desarrollo del tema de la competencia la Ley 142/94 en su artículo 16 trae otra importante previsión, esta vez relacionada con la actividad que desarrollan los operadores marginales, quienes deberán ejecutar sus actos y contratos de tal forma que no se vean afectadas las condiciones de competencia. La referencia a los artículos anteriores nos sirve para evidenciar que el tema de la competencia es abordado por la Ley 142/94 en una perspectiva que podríamos denominar subjetiva en atención a los distintos actores que tienen injerencia en el sector. Pero, también, desde un punto de vista objetivo la ley atiende las conductas que son realizadas por las prestadoras de servicios públicos, conforme se establece en el artículo 34.

En este sentido, observamos que se guarda una unidad de criterio con la Ley 256/96, que también establece un ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de sus normas, aun cuando el énfasis primordial de esta última Ley se centre en el aspecto objetivo al realizar una descripción o tipología detallada de los actos considerados como competencia desleal.

3.2. Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas

El artículo 34 de la Ley 142/94 nos ofrece un régimen propio e integrado, aplicable de forma específica al sector de los servicios públicos domiciliarios, y que supera el alcance de la Ley 256/96 al tratar materias que no son contempladas en ésta. La Ley 142/94 con un carácter ambicioso pretendió condensar en una sola disposición cuatro temas distintos: Competencia desleal, abusos de posición dominante, prácticas discriminatorias y prácticas comerciales restrictivas.

El tenor literal del artículo 34 nos parece indicar que las prácticas discriminatorias, restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal se predicen tanto sobre los actos como de los contratos que realicen las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Por su parte, el abuso de posición dominante en principio parece estar circunscrito exclusivamente a las relaciones contractuales, como se desprendería de la lectura del artículo 34.6 cuando dice: «*cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos*», percepción que se ve reforzada al interpretar sistemáticamente esta norma con el artículo 133 de la Ley 142/94, en el que se dispone que habrá abuso de posición dominante en cualquiera de las modalidades contractuales que trata la Ley 142/94 siempre que se incluya en ellas algunas de las 26 cláusulas relacionadas en el citado artículo. Sin embargo, su expresión contractual es sólo una de las modalidades en que se puede manifestar el abuso de posición dominante, conforme lo expondremos más adelante.

Conviene nuevamente hacer hincapié en que el artículo 34 de la Ley 142/94 prohíbe en su conjunto las prácticas abusivas, discriminatorias y restrictivas de la competencia, así como los actos de competencia desleal. De este modo, la norma agrupa situaciones, por ejemplo, como:

- a. El cobro de tarifas que no cubren los gastos de operación de un servicio, conducta restrictiva muy propia del sector de los servicios públicos domiciliarios en la medida en que su régimen tarifario está regido por principios como los de eficiencia económica y suficiencia financiera (Art. 87), que buscan, por una parte, no sólo que en las tarifas no se vean reflejadas las ineficiencias en que incurren las empresas sino también que en su determinación se tengan en cuenta todos los costos que deben asumir los prestadores del servicio.

- b. Las que describe el Título V del Libro I del decreto 410 de 1971(Código de Comercio) sobre competencia desleal.
- c. Las cláusulas de abuso de posición dominante.

Todas las prácticas allí señaladas comparten un elemento común: Las implicaciones económicas de su comisión, en cuanto afectan el desenvolvimiento del mercado modificando, por ejemplo, los costos de transacción y la calidad de la información disponible sobre los servicios ofrecidos a los usuarios.

3.3. La obligación de interconexión como factor de competencia

La Ley 142/94 también se ocupa de dar un tratamiento central a un tema de especial interés en el sector que guarda una estrecha relación con la competencia y que no tiene un tratamiento directo en la Ley 256/96 ni el decreto 2153/92. Nos referimos a la obligación de interconexión que tienen las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Un punto neurálgico para garantizar la competencia entre los prestadores de servicios públicos consiste en poder garantizar el acceso e interconexión de los nuevos operadores con la redes de los operadores existentes. En este sentido, el artículo 28 de la Ley 142/94 aborda esta materia y les concede a las Comisiones de Regulación la potestad de exigir que haya interconexión y homologación técnica de los equipos cuando dichas medidas sean indispensables para proteger a los usuarios y promover la competencia.

No obstante, las disputas de interconexión que se susciten entre empresas de servicios públicos pueden dar lugar a la configuración de actos de competencia desleal según las definiciones contenidas en la Ley 256/96. A manera de ejemplo, podemos traer a colación la situación vivida en la ciudad de Barranquilla durante el año 1997-98 entre E.D.T. y METROTEL, que generó confusión entre los usuarios de esta última al considerar que el servicio prestado era deficiente por cuanto no estaban en condiciones de comunicarse con los usuarios pertenecientes al otro operador; sin embargo, contrario a la convicción que empezaba a afianzarse entre los usuarios en relación con la calidad de los servicios prestados por METROTEL, el quid del asunto se derivaba del incumplimiento de la obligación de interconexión a cargo del operador dominante en favor del nuevo, que sólo se hizo efectiva mediante orden expresa de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en ese sentido.

La posibilidad de tener unas condiciones de acceso a las redes existentes públicas o privadas, que se encuentran bien definidas tanto en la ley como en la regulación propia de cada servicio, es un factor de promoción de la competencia, por cuanto garantiza a los nuevos inversionistas la posibilidad de ahorrar costos en construcción de infraestructura utilizando la existente, obviamente reconociendo el cargo respectivo por uso.

3.4. La guarda de la competencia en materia de tarifas

Un factor de competencia determinante, tratándose de servicios básicos, masivos y continuos, es el relacionado con las tarifas a las cuales son ofrecidos al público; por ese motivo, la Ley 142/94 reprime los acuerdos que se lleguen a celebrar entre las empresas dirigidos a establecer tarifas que no atiendan las condiciones reales del mercado, mediante la restricción de los servicios o el aumento de las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia, conforme nos lo indica el artículo 34.3 de la Ley 142/94.

Por su parte, en el Título VI, Capítulo I de la Ley 142/94, más concretamente en el artículo 86.3, se establece que el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios está compuesto, entre otras, por reglas relativas a las prácticas tarifarias restrictivas de la competencia, y que implican abuso de posición dominante.

Igualmente cuando son definidos los criterios que orientan el régimen tarifario encontramos que las empresas deberán aplicar tarifas que se aproximen a los precios que se darían dentro de un mercado competitivo; es lo que se conoce como el criterio de la eficiencia económica, con el cual también se persigue evitar que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas que tengan lugar en el mercado.

El énfasis que le otorga la Ley 142/94 al tema tarifario como elemento clave de una competencia leal y sana entre las empresas de servicios públicos domiciliarios adquiere una especie de blindaje a partir de las prohibiciones contenidas en el artículo 98, en el que se proscriben tres clases de conductas a las que podrían verse tentadas a acudir las empresas del sector con el propósito de eliminar la competencia o a restringirla en tal medida que en la práctica se adquiriera una posición dominante del mercado, basadas fundamentalmente, las dos primeras, en la aplicación de tarifas que no reflejan los costos operacionales, y la tercera, en la discriminación tarifaria sobre clientes que tienen las mismas condiciones comerciales que otros.

En definitiva, los actos objeto de prohibición descritos en el artículo 98 de la Ley 142/94, los podemos agrupar en dos categorías: a) Precios o tarifas predatorios, dentro de los cuales ubicaríamos las conductas del 98.1 y 98.2, y b) Precios o tarifas discriminatorias, que sería el caso del 98.3.

3.5. Las Comisiones de Regulación como promotores y garantes de la competencia

Otra de las particularidades del régimen de competencia desarrollado en la Ley 142/94 lo constituye la existencia de las tres comisiones de regulación que cubren los sectores de agua potable y saneamiento básico (acueducto, alcantarillado y aseo), energía eléctrica y gas y telecomunicaciones. Estas comisiones, estructuradas como unidades administrativas especiales, tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos cuando la competencia no sea de hecho posible, y en todos los demás casos deben propender por estimular y promover la competencia entre quienes presten los servicios públicos.

Las potestades de las comisiones de regulación incluso se ven revestidas de un carácter general proteccionista, conforme se dispone en el artículo 73.2 de la Ley 142/94, en el cual se consagra que empresas debidamente determinadas que no sean de servicios públicos quedarán sometidas a la regulación de las comisiones, a la vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos y a las disposiciones de la Ley 142/94 en materia de tarifas, información, actos y contratos, siempre que existan pruebas que se han realizado o se preparan para competir deslealmente con empresas de servicios públicos domiciliarios, o para reducir la competencia entre las empresas de servicios públicos.

En realidad, no cabe duda de que la función principal de las comisiones consiste en la guarda y promoción de la competencia; en tal virtud, podrán, entre otras atribuciones: Limitar, por vía general, la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos para evitar que se restrinja la posibilidad de competencia (art. 73.10); señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre (art.73.11); ordenar la escisión de empresas para evitar la comisión de prácticas restrictivas de la competencia o abusos de posición dominante (art.73.13); establecer criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos y sobre los requisitos generales de interconexión y acceso a redes existentes (art. 73.21 y 73.22).

3.6. El abuso de posición dominante

La Ley 142/94 se ocupa de regular de forma minuciosa el tema del abuso de la posición dominante. Al respecto es importante aclarar que la posición dominante como tal no está proscrita en el sector de los servicios públicos domiciliarios. De hecho, como sostuvimos en líneas anteriores, hay muchos servicios que se desenvuelven dentro del esquema de monopolio natural, que implica que una empresa tenga posición dominante en ese mercado; pensemos, por ejemplo, en la distribución de energía eléctrica. No obstante, el abuso de dicha posición sí es reprimido porque eventualmente puede implicar una restricción indebida a la competencia o un menoscabo considerable de los derechos y la posición de los usuarios en el contrato de servicios públicos.

Este tema indudablemente se aprecia mejor desde la perspectiva de los usuarios, quienes tienen el derecho de contar con unas condiciones de mercado que les brinden la posibilidad de tener varios proveedores para los servicios que requieran. Así las cosas, son ejemplos de este tipo de conductas, las desplegadas por las prestadoras del servicio telefónico que le imponen a sus usuarios adquirir teléfonos homologados que sean suministrados por un determinado proveedor con el cual tengan algún tipo de convenio; o la práctica de algunas empresas comercializadoras de energía de aceptar sólo los medidores de energía que ellas mismas proveen, con lo cual cercenan el derecho de los usuarios de comprar los medidores en cualquier establecimiento de comercio que los ofrezca.

El abuso de posición dominante llega a tener una incidencia más directa sobre la competencia a través de las cláusulas de permanencia mínima que comprometen a los usuarios con el prestador del servicio durante un tiempo determinado, con lo cual se les resta la posibilidad de acudir a otro prestador. No obstante, este tipo de cláusulas son aceptadas en la actualidad después de haber pasado por un período de ajuste en el que se racionalizaron los tiempos de permanencia.

Otra manifestación del abuso de la posición dominante lo hallamos en las cláusulas de empaquetamiento que en ocasiones también pueden tornarse en contrarias a la competencia. Este tipo de estipulación contractual obliga al usuario a recibir, en adición al servicio que realmente desea, una serie de servicios accesorios que probablemente había pensado contratar con otro proveedor. Sería el caso, por ejemplo, de una empresa de telefonía pública básica conmutada que obligue a sus suscriptores telefónicos a contratar con ella el servicio de internet y de transmisión de datos, y deje al suscriptor sin la posibilidad de adquirir estos servicios de otro prestador.

Lo expuesto por nosotros refleja sólo la perspectiva contractual del abuso de posición dominante que desarrolla el artículo 133 de la Ley 142/94, a pesar de lo cual esta figura tiene también otro cariz, que le otorga el artículo 14. 13 de la Ley 142/94, que textualmente dice:

POSICIÓN DOMINANTE. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

Por consiguiente, la posición dominante se proyecta en la relación que se suscita entre las empresas y sus usuarios y, de otra parte, en la posición de las empresas respecto del mercado. El tema de la posición dominante, conforme se estructura en el artículo 14.13 de la Ley 142/94, se ha comprendido de tres formas: a) Que existe una posición dominante *per se* de las empresas de servicios públicos con respecto a los usuarios. b) Que esa posición dominante la marca el hecho de la injerencia que tenga la empresa en el mercado, partiendo de un porcentaje relevante de 25% de participación en el mercado respectivo. c) La tercera forma de interpretación se extracta ya no de la Ley 142/94 sino del decreto 2153/92, en cuyo artículo 45 se define la posición dominante como: «*La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*».

De lo anteriormente expuesto fácilmente podemos deducir que el abuso de posición dominante en los servicios públicos se da frente a los usuarios, frente a los competidores y en el plano contractual; de ahí la importancia de normas como el artículo 35 de la Ley 142/94, que busca garantizar los tres campos de acción en los que puede existir abuso de posición dominante. Del mismo modo, cabe mencionar la previsión consagrada en el artículo 43 de la Ley 143/94, para el sector de energía eléctrica, a partir de la cual se considera abuso de posición dominante cualquier práctica que impida a una empresa o usuario no regulado negociar libremente sus contratos de suministro o cualquier intento de fijar precios por acuerdos previos entre vendedores, entre compradores o entre unos y otros.

EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE COMPETENCIA: ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO

1. CONCEPTO LEGAL

La conformación constitucional del sector de los servicios públicos domiciliarios nos indica, a partir de artículo 365 de la Carta Política, que han sido

establecidas una claras reglas de juego que propician la competencia entre los diferentes prestadores de los servicios; en igual sentido, la Ley 142 de 1994, al tiempo que contiene una pleyáde de normas de intervención, desarrolla de forma amplia y decidida la libertad de competencia que se debe imponer en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, sin perjuicio de lo cual también consagra una importante excepción a este régimen general: La áreas de servicio exclusivo (ASE).

La definición legal de esta figura la encontramos en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que en su tenor literal dispone:

Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1º. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos. (Las negritas no son del texto).

A partir de la norma transcrita comporta precisar los rasgos principales y los alcances de esta figura; para lo cual podemos comenzar diciendo que sus efectos se extienden tanto en la órbita de los prestadores de servicios públicos domiciliarios como de los usuarios bajo perspectivas distintas. Así, para los primeros, las áreas de servicio exclusivo constituyen una limitación a la libertad de entrada, es decir, a la libertad de ingresar a un segmento de mercado y participar en condiciones de libre competencia frente a los demás operadores ya establecidos; mientras que para los segundos implica una restricción a la prerrogativa que les concede el artículo 9.2. de la Ley 142 de 1994, que dice:

Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional de Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor:

9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización. (Las negritas no son del texto).

En verdad, resulta claro que una vez constituida el área de servicio exclusivo con el lleno de los requisitos legales correspondientes, los usuarios ubicados dentro del ámbito geográfico que comprenda la misma se hallarán sometidos a la prestación del servicio en forma exclusiva por el operador al que se le haya concedido, sin que exista la posibilidad de que puedan hacer uso del derecho que les otorga el artículo 9.2 de la Ley 142 de 1994 antes transcrito.

Este tema ha sido ampliamente aceptado por la doctrina. Así, por ejemplo, la Oficina Jurídica de la SSPD³ sostiene que:

En tal virtud, el principio general aplicable es el de la libre competencia, sin embargo de manera excepcional la ley 142 de 1994 ha previsto las llamadas áreas de servicio exclusivo en su artículo 40 para los servicios de acueducto, alcantarillado, saneamiento ambiental y distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica cuando existan motivos de interés social y que el fin sea que la cobertura de estos específicos servicios se pueda extender a las personas de menores ingresos.

[...]

9) El artículo 40, como ya advertimos, excepciona de la libre competencia en el mercado las áreas de servicio exclusivo «en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado», amén de lo dispuesto por el artículo 174 para gas domiciliario (Decreto 1051 de 1995). (Las negritas no son del texto).

³ «Del carácter Singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios», artículo publicado por Guillermo Sánchez Luque, Hugo Pacheco de León, Guillermo Obregón González y Yezid Alavarado Rincon, funcionarios de la Oficina Jurídica de la SSPD, en el IV tomo de *Actualidad Jurídica*, Bogotá, 2001, editado por la SSPD.

En el mismo sentido, el profesor Luis Ferney Moreno⁴ expresa sobre el particular:

Desde el punto de vista de los servicios públicos, la Ley 142 se aprobó bajo el espíritu de la libertad de entrada a esas actividades, ese estatuto prevé algunos límites a la entrada de mercado, como es el caso de los contratos de concesión de áreas exclusivas, que limita la entrada a potenciales competidores beneficiando al que está establecido en el mercado en virtud de aquel contrato.

Ahora bien, la misma Constitución en el artículo 336 faculta para que se constituyan monopolios estatales rentísticos que sean consecuencia de una finalidad de interés público social. Cualquiera que sea la situación se prescinde de los beneficios de la competencia. (Las negritas no son del texto).

Con base en lo expuesto se concluye que el área de servicio exclusivo implica, de una parte, la prestación del servicio público domiciliario correspondiente por un solo operador, y de otra parte, la sujeción de los usuarios a recibir únicamente de ese operador tal servicio.

2. CONDICIONES JURÍDICAS PARA LA EXISTENCIA DE UN ÁREA DE SERVICIO EXCLUSIVO

Por tratarse de una figura de excepción, las áreas de servicio exclusivo están sometidas a precisas reglas para su otorgamiento, las cuales deben ser obligatoriamente observadas, so pena de vulnerar importantes libertades de raigambre constitucional como, por ejemplo, la libre competencia, la libre empresa y el libre ejercicio de una actividad económica lícita.

2.1. Motivos de interés social y ampliación de la cobertura

Conforme lo establece el artículo 40 de la Ley 142/94 de forma general para todos los servicios, y el artículo 174 de la misma ley, de manera particular para el servicio de distribución domiciliaria de gas combustible por red, las áreas de servicio exclusivo encuentran su justificación en la medida en que existan motivos de interés social ligados a la ampliación de la cobertura con destino a usuarios de menores ingresos. Los motivos de interés social deben

⁴ FERNEY MORENO, Luis, *Servicios Públicos Domiciliarios: perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

admitir una comprobación real que permita a las entidades territoriales demostrar ante las Comisiones de Regulación de cada servicio que la mejor manera para llevar el servicio a tales usuarios es a través del otorgamiento del área de servicio exclusivo.

Se trata, por lo tanto, de satisfacer una demanda de la población de menores ingresos que no ha podido ser debidamente cubierta por el municipio por cuanto carece de los recursos suficientes para extender hacia ellos la cobertura del servicio respectivo; en este sentido, las motivaciones sociales del área de servicio exclusivo hallan sustento en la existencia de un grupo poblacional de bajos recursos que no dispone del servicio.

La regulación para los servicios acueducto, alcantarillado y aseo (Res. Integral 151 de 2001) establece que con anterioridad a la celebración de un contrato para la constitución de un ASE, el representante legal de la entidad competente habrá tenido que demostrar:

- a. *Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos y que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio; y*
- b. *Que la organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.*

Con el área de servicio exclusivo, las entidades territoriales (fundamentalmente los municipios) buscan ofrecer a los operadores del servicio unas condiciones de exclusividad que les permitan obtener ventajas comparativas (basadas en economías de escalas comprobables) que tornen atractivo para ellos dirigir su inversión hacia estos sectores inatendidos.

2.2. Invitación pública o licitación pública

La Ley 142/94, de forma por demás un tanto antitécnica, dispone en su artículo 40 que el establecimiento de un área de servicio exclusivo debe realizarse mediante invitación pública, con lo cual parece estarse sugiriendo un procedimiento diverso y quizás más atenuado al de licitación pública de que trata el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. La falta de técnica se reafirma cuando en el parágrafo 1 del mismo artículo se menciona que la Comisión de Regulación «antes de que se abra una licitación que incluya estas

cláusulas dentro de los contratos propuestos verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera [...]» (El subrayado es nuestro). Con lo cual parecería estar sometiendo las ASE al procedimiento licitatorio propio de la contratación estatal.

En todo caso, debemos resaltar que el trámite para el otorgamiento de las áreas de servicio exclusivo ha vivido una evolución que ha implicado la adopción de forma expresa del proceso licitatorio contenido en la Ley 80 de 1993, para algunos de los servicios públicos domiciliarios en los cuales se admite esta figura.

Esta evolución se aprecia con mayor claridad en la prestación del servicio de aseo, en el que existió un régimen de transición creado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante la expedición de la Resolución 11 del 9 de mayo de 1996, dictada en ejercicio de sus atribuciones legales, y en especial de las conferidas por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 15 del decreto 1738 de 1994, en cuyo artículo décimo tercero se dispuso que:

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Las áreas entregadas en concesión por los municipios para la prestación del servicio público domiciliario de aseo con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esta resolución podrán considerarse, a juicio del alcalde, como áreas de servicio exclusivo hasta la fecha de terminación de los respectivos contratos de concesión. (Las negrillas y el subrayado son nuestros).

En consecuencia, con base en el régimen de transición fijado en la norma en comento es claro que estaba abierta la posibilidad para que las concesiones de aseo otorgadas antes de mayo de 1996 fueran declaradas como áreas de servicios exclusivo por parte del respectivo alcalde municipal mediante un simple acto administrativo en tal sentido.

En la actualidad, el régimen excepcional anterior se halla ampliamente superado a partir de la expedición de la Ley 632/2000, que en el inciso segundo del artículo 9 dispuso:

[...]

Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán

asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia. (Las negritas no son del texto).

Así como por la reglamentación posterior a esta norma llevada a cabo con la expedición del decreto 891/2002, en cuyo artículo segundo se definen los siguientes conceptos:

2.3. AREA DE SERVICIO EXCLUSIVO (ASE). Es el área geográfica otorgada contractualmente por los municipios y distritos a una persona prestadora del servicio público de aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra persona prestadora puede ofrecer los servicios y actividades objeto del contrato, durante un tiempo determinado, y cuya finalidad es asegurar la extensión de la cobertura del servicio a los usuarios de menores ingresos. (El subrayado es nuestro).

2.5. LICITACIÓN PÚBLICA. Es el procedimiento regulado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes.

Con lo cual no existe duda de que el otorgamiento de un ASE por parte de los municipios o distritos para el servicio de aseo debe ir precedido de un proceso de licitación pública en los términos contemplados en la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, previa la expedición del decreto 891 de 2002, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico mediante resolución integral 151 de 2001 reguló en la sección 1.3.7. lo concerniente al establecimiento de áreas de servicio exclusivo para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Para el caso resulta importante mencionar que el artículo 1.3.7.2 expresamente dispone que la ASE se otorgaran a través de contratos de concesión y previa la celebración de un proceso licitatorio, más aun, las condiciones mínimas que deben llenar esta clase de contratos se encuentran previstas en el artículo 1.3.7.8. Igualmente, la resolución integral 151/2001 incluyó entre los contratos que deben celebrarse por licitación pública, artículo 1.3.2.2: «*los contratos que celebren las entidades territoriales que incluyan cláusulas por medio de las cuales se crea un área de servicio exclusivo, o los que tengan por objeto modificar algunas de las cláusulas que hayan creado tales áreas, [...]»*.

Este artículo fue modificado por el artículo 1 de la resolución 242 de 2003, aunque en lo pertinente para nuestro estudio baste mencionar que se conservó la exigencia de licitación pública para el otorgamiento de un ASE.

Para el servicio de distribución domiciliaria de gas cuando el Ministerio de Minas y Energía considere que es procedente la celebración de contratos de concesión para su prestación con exclusividad, primero solicitará un pronunciamiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas en los términos del parágrafo 1 del artículo 40 de la Ley 142/94. De resultar este favorable, ordenará mediante resolución la apertura del procedimiento de contratación de la ASE e invitará públicamente a participar a quienes cumplan con los requisitos y condiciones establecidos en los términos de referencia.

En este caso, el procedimiento de licitación pública del artículo 30 de la Ley 80/93 no tiene cabida, por cuanto el ASE en materia de gas domiciliario se sujeta a las pautas establecidas en el Decreto 1359 de 1996, «*Por el cual se reglamenta el trámite para la contratación de áreas de servicio público de gas combustible por red de tubería*». Si bien es cierto el procedimiento allí contemplado no dista mucho del establecido en el artículo 30 de la Ley 80/93 en todo caso, sí está provisto de sus matices particulares, que en últimas son lo que imperan para conceder el ASE en materia de gas domiciliario, especialmente en aspectos como la periodicidad y forma de hacer los avisos, el contenido de los términos de referencia, el trámite para aclaraciones sobre los mismos, términos de evaluación y procedimiento de adjudicación, entre otros.

2.3. Verificación por parte de las Comisiones de Regulación

El parágrafo 1 del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 asigna a las Comisiones de Regulación la misión de definir por vía general la forma como se verificará la existencia de los motivos que justifiquen la existencia de un ASE; fundamentalmente la verificación a cargo de las Comisiones de Regulación se encuentra dirigida a constatar de manera real que el ASE sea indispensable para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos, conforme nos lo enseña la parte final del parágrafo antes mencionado.

La resolución integral CRA 151 de 2001 contempla en su artículo 1.3.7.7. que las entidades territoriales deben hacer llegar a la Comisión, debidamente certificados por los funcionarios competentes, un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo potenciales, que tenga como objeto justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables; dicho estudio deberá contener, por lo menos: Plano de área, definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio, estudios técnicos y económicos, monto presupuestado de los recursos, copia del

pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato y financiación global del servicio. Para emitir su pronunciamiento, la Comisión cuenta con un plazo de 40 días hábiles desde el recibo de la información.

A pesar de lo anterior, con la expedición del decreto 891 de 2002 se hace necesario que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico profiera para el servicio de aseo una resolución en la que se indiquen los requisitos de verificación para el otorgamiento del ASE; en efecto, el artículo 6 del mencionado decreto textualmente establece:

METODOLOGÍAS PARA LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES PREVIAS.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico dispone de un término máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, para establecer los estudios, criterios, parámetros y metodología con arreglo a los cuales verificará la existencia de los motivos o condiciones previas para otorgar una o varias áreas de servicio exclusivo, los lineamientos generales y condiciones para que la entidad concedente pueda incluir cláusulas que tengan por objeto el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo en los contratos respectivos y la metodología para que las entidades territoriales determinen y demuestren la viabilidad técnica, financiera, económica y social del área o áreas de servicio exclusivo a otorgar. (El subrayado no es del texto).

No obstante, hasta la fecha no ha sido expedida tal resolución, por lo que debemos aplicar el párrafo transitorio del artículo antes transcrito, que nos remite para esta parte a lo dispuesto en la sección 1.3.7. de la resolución 151 de 2001.

En el servicio de distribución de gas domiciliario, la Comisión de Regulación de Energía y Gas igualmente está llamada a cumplir con este importante papel, de tal forma que en el artículo 3 del decreto 1359 de 1996 se establece como un requisito previo a la apertura del proceso de contratación por parte del Ministerio de Minas y Energía el haber obtenido el concepto favorable de la Comisión en cuanto a la existencia real de motivos de interés social para la extensión de la cobertura a usuarios de los estratos 1,2 y 3.

2.4. Condiciones contractuales

Nuevamente acudimos al análisis del artículo 40 de la Ley 142/94, el cual nos ofrece importantes directrices en relación con las condiciones contrac-

tuales vinculadas a un ASE. La primera previsión al respecto se refiere al espacio geográfico al cual se circunscribe el área de servicio exclusivo, que debe estar precisamente determinado por intermedio de planos técnicamente elaborados; no obstante, nada impide que el ASE se conceda sobre todo el ámbito geográfico de un municipio, especialmente si se trata de municipios menores, como en el caso de la gran mayoría de los municipios de nuestro país.

Si bien el objetivo central del área de servicio exclusivo es la extensión de la cobertura, la misma debe realizarse bajo estrictos parámetros de calidad, en consonancia con lo establecido en el artículo 136 de la Ley 142/94, que en su tenor literal dice: «*La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos*». Los servicios públicos domiciliarios se hallan sometidos a estrictos indicadores de gestión, a partir de los cuales se obtiene de manera exacta los niveles de eficiencia y calidad bajo los cuales están siendo prestados. En este contexto resulta a penas natural que al suscribir contratos exclusivos para la extensión de un servicio público domiciliario a zonas inatendidas se establezcan los niveles mínimos de calidad que el contratista debe garantizar al prestar el servicio.

En adición a las dos estipulaciones anteriores, que podríamos considerar básicas, en este tipo de contratos cobra también especial importancia la posibilidad de dejar pactado y debidamente regulado los nuevos aportes que las entidades públicas puedan llegar a efectuar para extender la cobertura. El artículo 40 de la Ley 142/94 expresamente se refiere a este tópico, el cual también es recogido en la regulación de las áreas de servicio exclusivo (ver, por ejemplo, artículo 1.3.7.8. Res. Integral 151/2001, art. 16 D. 1359/96).

Igualmente, el plazo es otro aspecto de vital transcendencia en tratándose de un ASE. No debemos olvidar que a partir de su constitución sólo habrá un operador autorizado para prestar el servicio, lo cual sin duda constituye una restricción a la libertad de competencia que promulga la Ley 142/94; en esa medida, los contratos deben contar con un plazo cierto y determinado, ajustado a las condiciones económicas y técnicas de la extensión de cobertura en la zona de que se trate. Una vez surtido el plazo contractual, lo más indicado sería restablecer las condiciones de competencia en la prestación del servicio. Sobre el particular, la resolución CRA 151/2001 fija un plazo máximo de treinta (30) años para los servicios de acueducto y alcantarillado y de ocho (8) años si se trata del servicio de aseo; sin embargo, con relación a este último el decreto 891/02 en su artículo 7.6 dispuso simplemente que: «*El término de duración que se pacte no puede ser*

indefinido y debe estar perfectamente determinado.» Con lo cual, a nuestro juicio, se estaría abriendo la posibilidad de suscribir contratos de ASE en materia de aseo con plazos superiores a 8 años. El decreto 1359/96 no contiene un plazo específico para el servicio de gas domiciliario, y tan sólo se limita a consignar que el contrato deberá expresar el término de duración de la exclusividad.

Para finalizar, destacar que otras estipulaciones de primer orden son las relacionadas con el manejo de las contribuciones y subsidios, permisos ambientales y municipales, condiciones de extensión del servicio y plazo máximo para alcanzar el 100% de cobertura en la zona; aun cuando sobre este último aspecto el decreto 891 de 2002 expresamente establece que la cobertura del 100% debe ser alcanzada dentro del plazo de un año (art.7.2) para el servicio de aseo.

GUARDA DE LA COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1. ASPECTOS GENERALES

La Constitución Política en el artículo 189.22 radica en cabeza del presidente de la República la función de ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos; de forma sistemática, el artículo 370 de la Carta establece que corresponde al presidente «[...] ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten».

La orientación constitucional expresamente nos indica que el control y vigilancia de la conducta de las empresas de servicios públicos domiciliarios se encuentra radicada de forma especial en la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la cual, en principio, le competiría resolver las disputas sobre competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas en que incurran los agentes del sector.

No obstante, en el año 92, al no haber sido expedida todavía la ley que regula actualmente el sector, se dispuso en el artículo 2, numeral 3 del decreto 2153, «Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones», que la Superintendencia de Industria y Comercio tendría como una más de sus funciones:

Imponer sanciones a las empresas oficiales o privadas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo,

cuando se atente contra los principios de libre competencia, a solicitud de una de las Comisiones de Regulación de tales servicios, o cuando se incumplan las normas vigentes en materia tarifaria, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario.

En todo caso, en el párrafo de dicho artículo se limitaba el ejercicio de tales funciones *«hasta tanto la ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos»*. De este modo, de manera provisional, se facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio para que adelantara las investigaciones correspondientes en materia de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal en tratándose del sector específico de los servicios públicos domiciliarios.

Posteriormente fue expedida la Ley 142/94, *«Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones»*. En cuyo articulado hallamos variadas disposiciones en torno al tema de la competencia, a pesar de lo cual, dentro de las funciones asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (Art. 79) no se encuentra de manera expresa ninguna referida al tema de la protección a la competencia. Sin embargo, una interpretación sistemática y teleológica de la Ley nos conduce a sostener que a la Superintendencia de Servicio Públicos sí le asisten competencias en esta materia, toda vez que el artículo 79.1 de la Ley 142/94 le asigna como función especial *«vigilar y controlar el cumplimiento de las Leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos»*, y como lo hemos expuesto a lo largo de este artículo, la Ley 142/94 se ocupa de regular de forma extensa el tema de la competencia entre las empresas del sector, por consiguiente, es claro que la SSPD está sin duda llamada a garantizar su cumplimiento.

En efecto, en el artículo 185 de la Ley 142/94 se establece un tránsito de legislación en materia de inspección, control y vigilancia a partir del cual la Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones señaladas en el decreto 2153 de 1992, respecto de las empresas oficiales, mixtas y privadas que presten servicios públicos domiciliarios, pero sólo hasta el 30 de junio de 1995. Inclusive la norma expresamente ordena que si antes de esa fecha la SSPD está en plena capacidad de ejercer sus funciones, la Superintendencia de Industria y Comercio *«dejará inmediatamente de ejercer las funciones pertinentes»*.

Esta última disposición reafirma que la investigación y sanción de las conductas que atentan contra la competencia que sean desplegadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios deberán ser objeto de cono-

cimiento por parte de la SSPD. En el mismo sentido, el decreto 548/95, «*Por el cual se compilan las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se establece su estructura orgánica y se dictan otras disposiciones*», consagró textualmente en su artículo 6.2 literal z) como función de la SSPD la siguiente:

Velar porque 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 a los que se refiere la Ley 142 de 1994, en particular cuando se incluyan cláusulas como las descritas en el artículo 133 de la misma Ley. (El subrayado no es del texto).

En definitiva, hemos visto cómo por cuestiones logísticas y operativas la resolución de las controversias relacionadas con temas de competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios no se encontraba radicada inicialmente en la SSPD; en tal virtud, la competencia para el conocimiento de todos estos aspectos se encontraba en manos de la Superintendencia de Industria y Comercio, con lo cual de alguna forma se presentaba un fraccionamiento en las funciones de vigilancia y control dentro del sector al sustraerse la SSPD de tales competencias, aun cuando esta situación tenía un carácter transitorio por cuanto constitucional y legalmente es la SSPD la llamada a cumplir tales funciones.

Esta situación vino a ser definida por la Ley 689 de 2001, «*por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994*», toda vez que en su artículo 13, mediante el cual se modificó el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, se incluyó en el numeral 32 la función a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de: «*adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994*». (Las negritas no son del texto). Con lo cual la competencia se radica definitivamente en este ente de control; no obstante, la injerencia de la Superintendencia de Industria y Comercio aún permanece, habida cuenta de las funciones jurisdiccionales que le fueron atribuidas por la Ley 446 de 1998.

Las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de competencia desleal y prácticas restrictivas fueron reglamentadas por el presidente de la República mediante la expedición del decreto 990 de 2002, «*Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*», de tal forma que en el numeral 4 del

artículo 5 del mencionado decreto se atribuye como función a cargo de la Superintendencia adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas, que luego pasa a ser radicada en cabeza de las Direcciones de Investigaciones de las Superintendencias Delegadas, conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 16 del decreto 990/2002.

En este sentido, a partir de la expedición de la Ley 689 de 2001 se le quiso otorgar un especial realce en esta materia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la que de forma expresa se le asignó la misión de adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia en que incurren los distintos prestadores, y en esa medida tiene la especial misión de garantizar que los agentes del sector no realicen prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la competencia en detrimento del mercado y, de contera, de los usuarios.

2. ÁMBITO CONCRETO DE COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA SSPD Y LA SIC

En primer lugar, conviene realizar un par de precisiones conceptuales que nos ayudarán a comprender en mejor medida el nivel de injerencia y el real alcance de la competencia funcional que le asiste tanto a la SSPD como a la SIC frente a las conductas de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas en que incurran las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

La doctrina nacional especializada en la materia concuerda en que el derecho a la competencia se puede dividir en dos grandes ramas: a) La protección contra conductas desleales y b) La salvaguarda contra prácticas comerciales restrictivas. Cada una de las cuales está provista de sus normas sustanciales y procedimentales particulares.

Tradicionalmente se ha admitido que los actos de competencia desleal se hallan referidos a conflictos que tienen lugar entre particulares, y en últimas lo que se persigue con su proscripción es proteger y amparar los intereses individuales de las personas naturales o jurídicas que concurren en el mercado y se ven afectadas por los actos de competencia desleal; por tal motivo, su conocimiento ha sido radicado en manos de los jueces, conforme nos lo enseña el artículo 24 de la Ley 256/96, que en su tenor literal establece:

TRAMITE. Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas legales sobre protección al consumidor, los procesos por violación a las normas de competencia desleal se tramitarán por el procedimiento abreviado descrito en el Código de

Procedimiento Civil y serán competentes para su conocimiento los jueces especializados en Derecho Comercial creados por el Decreto 2273 de 1989. En donde éstos no existan conocerán de esta clase de procesos los jueces civiles del circuito. (El resaltado es nuestro).

De este modo, las personas afectadas por actos de competencia desleal disponen de dos tipos de acciones judiciales: a) Acción declarativa y de condena, dirigida a obtener que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados, y en consecuencia, se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. b) Acción preventiva o de prohibición, concebida para que la ejerzan aquellas personas que consideren pueden llegar a resultar afectadas por actos de competencia desleal, para pedirle al juez que evite la realización de tales actos cuando aún no se han perfeccionado, o que los prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno (Art. 20 L.256/96).

Por su parte, los estudiosos del tema de la competencia coinciden en sostener que las prácticas comerciales restrictivas rebasan la órbita de los conflictos entre particulares y abarcan áreas en las que se entra a tutelar el interés general de los consumidores o usuarios o el correcto funcionamiento del mercado, en razón a lo cual su control se radica en las autoridades administrativas y de supervisión, es decir, se trata de una labor casi connatural a las superintendencias.

Hasta aquí el tema estaría decantado en dos sentidos: los actos de competencia desleal son de conocimiento de los jueces; las prácticas comerciales restrictivas de las autoridades administrativas (superintendencias). Sin embargo, esta impresión inicial debe ser matizada a partir de lo dispuesto por dos leyes: Ley 446/98 y Ley 689/2001.

2.1. Competencia de las Superintendencias de Industria y Comercio y de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de actos de competencia desleal cometidos por empresas de servicios públicos domiciliarios

2.1.1. Atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio

La Ley 446 de 1998, «Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia», le confirió

funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme lo dispuesto en los artículos 143 y 144, ubicados en la parte IV «Del acceso en materia comercial y financiero», «Título I. Del ejercicio de funciones jurisdiccionales por las superintendencias», que en su tenor literal expresan lo siguiente:

Artículo 143. *FUNCIONES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*

Artículo 144. *FACULTADES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL. 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.⁵*

Atribuciones que además son ratificadas al examinar el régimen procedimental fijados en los artículos 147 y 148 de la Ley 446/98, que por su importancia nos permitimos transcribir:

Artículo 147. *COMPETENCIA A PREVENCIÓN. La Superintendencia o el Juez competente conocerán a prevención de los asuntos de que trata esta parte.*

El superintendente o el juez competente declarará de plano la nulidad de lo actuado inmediatamente como tenga conocimiento de la existencia del proceso inicial y ordenará enviar el expediente a la autoridad que conoce del mismo. El incumplimiento de este deber hará incurrir al respectivo funcionario en falta disciplinaria, salvo que pruebe causa justificativa.

Con base en el artículo 116 de la Constitución Política, la decisión jurisdiccional de la Superintendencia respectiva, una vez ejecutoriada, hará tránsito a cosa juzgada.

Artículo 148. *PROCEDIMIENTO. Modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999. El procedimiento que utilizarán las Superintendencias en*

⁵Para comprender mejor el tema de las atribuciones jurisdiccionales conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio resulta conveniente estudiar las sentencias C-672/99, C-384/00, C-649/01 y C-415/2002.

el trámite de los asuntos de que trata esta parte será el previsto en la Parte Primera, Libro I, Título I del Código Contencioso Administrativo, en especial el correspondiente al ejercicio del derecho de petición en interés particular y las disposiciones contenidas en el capítulo VIII. Para lo no previsto en este procedimiento, se aplicarán las disposiciones del Proceso Verbal Sumario consagradas en el procedimiento civil.

Las Superintendencias deberán proferir la decisión definitiva dentro del término de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que se reciba la petición de manera completa. No obstante, en todo el trámite del proceso las notificaciones, la práctica de pruebas y los recursos interpuestos interrumpirán el término establecido para decidir en forma definitiva.

*Los actos que dicten las Superintendencias en uso de sus facultades jurisdiccionales no tendrán acción o recurso alguno ante las autoridades judiciales. Sin embargo, la decisión por la cual las entidades se declaren incompetentes y la del fallo definitivo, serán apelables ante las mismas.*⁶

Las notificaciones personales que deban surtirse durante estos procesos, respecto de las entidades vigiladas se realizarán depositando copia de la petición junto con sus anexos, en el casillero asignado por la respectiva Superintendencia a cada una de ellas, si es del caso.

[...]

Parágrafo 3º. *En firme la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las conductas constitutivas de competencia desleal, el afectado contará con quince (15) días hábiles para solicitar la liquidación de los perjuicios correspondientes, lo cual se resolverá como un trámite incidental según lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. (El subrayado no es del texto).*

⁶ Declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-415-02 de 28 de mayo de 2002, magistrado ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett: «bajo el entendido que la expresión "ante las mismas" se refiere a las autoridades judiciales en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia».

Inciso 3º, declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-384-00 del 5 de abril de 2000, magistrado ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa: « [...] bajo el entendido de que no impide el ejercicio de la acción de tutela contra las providencias adoptadas por las superintendencias en ejercicio de funciones jurisdiccionales, ni las acciones contencioso administrativas en caso que dichos entes actúen excediendo sus competencias jurisdiccionales».

Bajo este contexto tenemos que la Superintendencia de Industria y Comercio conserva injerencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios por cuenta de las facultades jurisdiccionales de que ha sido investida para juzgar las conductas de competencia desleal. En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá a prevención con los Jueces Civiles del Circuito los asuntos relativos a prácticas de competencia desleal; por consiguiente, en sus actuaciones ocupará el lugar de tales jueces aun cuando sus decisiones no serán apelables, conforme lo indica el artículo 52 de la Ley 550/99, que modificó el artículo 148 de la Ley 446/98, y sobre ellas sólo cabrán el ejercicio de la acción de tutela en caso que se incurra en una vía de hecho.

Sin embargo, el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio está revestido de especiales matices delineados a partir de los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Constitucional, veamos:

En primer lugar, la Corte sostuvo que

Las funciones jurisdiccionales que ejercen las Superintendencias, no se llevan a cabo bajo principios absolutamente iguales a los que rigen las funciones que ejercen los organismos que componen la Rama Judicial; antes bien existen justamente para adelantarse respondiendo a principios propios, en circunstancias diversas de aquellas en las cuales se administra justicia de manera ordinaria, similarmente con lo que sucede con la justicia arbitral. Así, aunque en ciertos casos un mismo litigio pueda ser llevado a conocimiento bien de tales Superintendencias o bien de la justicia ordinaria, como sucede, por ejemplo, en el caso del artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510, ahora bajo examen, lo cierto es que justamente lo que el legislador ha querido es facilitar un mecanismo procesal diferente, por lo cual las particularidades con las que lo reviste son igualmente distintas. (Sentencia C-384/2000). (Las negritas no son del texto).

Es claro entonces que para la Corte Constitucional no hay cabida para los argumentos que aducen una posible violación al derecho de igualdad, por cuanto en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales las superintendencias observan además de las reglas procesales ordinarias algunas pautas que son más índole administrativo que judicial; por el contrario, la Corte avala estas diferencias que califica de baja magnitud y halla por demás razonables; con lo cual, para el caso específico de la Superintendencia de Industria y Comercio, se está abriendo la compuerta para que esta última, en su

condición de «juez», defina las controversias por competencia desleal guardando diferencias con el procedimiento fijado en la Ley 256/96 y acogiendo pautas dispuestas, por ejemplo, en el decreto 2153/92.

En segundo lugar, al examinar la constitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la Ley 446/98 la Corte Constitucional en sentencia C-649/2001 concluyó que

En primer lugar, los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, atribuyen a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal.

Segundo, las funciones jurisdiccionales son aquellas que ya venían ejerciendo los jueces de la República en aplicación de la Ley 256 de 1996, por virtud de los principios constitucionales de igualdad y de excepcionalidad en la atribución de este tipo de funciones a entidades administrativas. Ello excluye del carácter jurisdiccional, atribuciones tales como las de imponer las multas y sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 4 del D. 2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a las quejas que no sean significativas, o llevar registros.

Tercero, es indispensable que al ciudadano objeto de la investigación adelantada por la Superintendencia, se le haga saber claramente cuál función ejerce la entidad en cada caso: la jurisdiccional, o la administrativa. (Las negritas no son del texto).

La Corte Constitucional en guarda del principio del *Indubio pro legislatore* realiza una interpretación de las disposiciones acusadas conforme a las cuales se le da efectividad y sentido a las mismas bajo un contexto de respeto a la Carta Política; no obstante que compartimos la posición de la Corte Constitucional, en el sentido que excluir del ordenamiento jurídico sólo aquellas disposiciones manifiestamente contrarias a la Carta, que no admiten interpretación alguna ajustada a la Constitución Política y de preservar aquellas que tengan al menos una interpretación acorde con la Constitución, no podemos pasar por alto que en este caso la exequibilidad condicionada de los artículos 143 y 144 nos genera variadas inquietudes.

La alusión al desarrollo de funciones administrativas por parte de la Corte Constitucional en principio no nos resulta del todo comprensible, en la medida en que, como lo habíamos expuesto anteriormente, en materia de competencia desleal las acciones existentes son de tipo judicial; por ende, si la Superintendencia de Industria y Comercio va a conocer de tales

asuntos, debe hacerlo bajo el presupuesto exclusivo del ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales propias de los jueces, que son las únicas previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Cuestión diferente es que la Superintendencia, por su condición de autoridad administrativa, tenga, obviamente, atribuciones de ese tipo, sin que por este motivo pueda llegar a pensarse que al suplir el lugar de los jueces, la Superintendencia, ejerza como instancia judicial, además de las jurisdiccionales, las funciones administrativas que le son propias; no obstante que lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 446/98 pareciera indicarnos que es así, de ahí la importancia de la distinción realizada por la Corte.

Ahora bien, hasta la expedición de la Ley 446/98 el ámbito funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraba delimitado por el decreto 2153/92, en la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, para lo cual podrá imponer sanciones, incluso pecuniarias, cuando se constate la comisión de actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de posición dominante. Hasta allí la Superintendencia de Industria y Comercio carecía de potestades administrativas para sancionar los actos de competencia desleal; sin embargo, a partir de la interpretación efectuada por la Corte Constitucional sobre el artículo 143 de la Ley 446/98 que venimos analizando, la Superintendencia de Industria y Comercio, conjuntamente con las atribuciones jurisdiccionales que expresamente le confiere dicha ley, ha sido investida también de funciones administrativas para la represión de los actos de competencia desleal.

La conclusión anterior nos parece contraria al espíritu de la Ley 446/98, claramente dirigido a adoptar cambios en materia procesal y a descongestionar el acceso a la administración de justicia. No creemos que haya sido un propósito del legislador atribuirle a la Superintendencia de Industria y Comercio nuevas funciones administrativas; por el contrario, lo que sí pretendía era conferirle atribuciones judiciales para conocer de las controversias por competencia desleal que hasta ese momento eran del resorte exclusivo de los jueces, para así descargarlos de funciones que podían ser desarrolladas por otra autoridad.

Ahora resulta que a la par con sus atribuciones jurisdiccionales en materia de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio también desarrolla competencias administrativas, pudiendo pronunciarse en unos casos como juez, ordenando, por ejemplo, el cese de los actos de competencia desleal, y en otros casos como autoridad administrativa, imponiendo, por ejemplo, una sanción pecuniaria. Así las cosas y para evitar confusio-

nes, la Corte Constitucional ordena que la Superintendencia de Industria y Comercio informe a los implicados bajo qué tipo de actuación están inmersos.

La anterior previsión resulta a todas luces incoherente, toda vez que la legitimación activa para ejercitar las acciones judiciales: Declarativa y de condena y preventiva o de prohibición, se halla radicada por el artículo 21 de la Ley 256/96 en los perjudicados, en la Procuraduría, en asociaciones que actúen en el mercado y se afecten con los actos de competencia desleal, etc. pero nunca en el juez, no les es dado al administrador de justicia oficiosamente ejercer tales acciones para la guarda de los intereses del particular presuntamente afectado. Por ende, quien entabla una demanda en ejercicio de tales acciones es consciente que ejercita una acción judicial y, por consiguiente, está incurso en un proceso igualmente judicial, sin que para ello sea necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio lo diga, por su misma obviedad.

Quizás la precaución de la Corte, con la salvedad del desatino anterior, iba más encaminada a distinguir que la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la Ley 446/98 cumplía dos tipos de funciones en tratándose de actos de competencia desleal: Administrativas y Jurisdiccionales. No obstante que, a nuestro juicio, no era el propósito de la Ley fijarle nuevas competencias administrativas a la Superintendencia de Industria y Comercio.

La interpretación de la Corte en el sentido por nosotros debatido entraña una indebida intromisión del Estado en la esfera particular, en tanto que la Superintendencia de Industria y Comercio oficiosamente podría conocer de asuntos de competencia desleal prescindiendo por completo del interés e iniciativa de los posibles perjudicados, con lo cual, al menos en mi opinión, se está vulnerando el contenido del artículo 333 de la Carta Política al asignarle al ejecutivo atribuciones en materia de competencia desleal que sobrepasan el ámbito de intervención que puede tener el Estado en pos de proteger la libre competencia económica. Dicho esto, a riesgo de que la Corte en la sentencia C-649/2001 expuso unos argumentos respetables en el sentido de que los actos de competencia desleal también causan una afectación sobre el interés general (perjudican a los consumidores o usuarios y al mercado), en razón a lo cual resulta válida la intervención del Estado, léase ejecutivo, en la solución de tales conflictos.

En tercer lugar y por último tenemos que la Corte Constitucional en la misma sentencia C-649/2001 condicionó la constitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la Ley 446/98 en el siguiente sentido:

Cuarto, en todo caso debe garantizarse la independencia del funcionario judicial, por lo cual se condicionará la constitucionalidad de las normas acusadas en el siguiente sentido: no podrá un mismo funcionario o despacho de la Superintendencia aludida, ejercer función jurisdiccional respecto de los casos en los cuales haya ejercido anteriormente sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control. (Las negritas no son del texto).

En la práctica, la decisión de la Corte Constitucional entraña una profunda modificación en la estructura orgánica de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto para asegurar la constitucionalidad de la norma, la entidad deberá crear dependencias distintas e independientes para atender los aspectos relacionados con la competencia desleal desde la órbita administrativa y judicial, y sobre todo al hacerlo se deberá garantizar la independencia de quienes desarrollen la segunda función. Realmente, no vemos con claridad cómo pueda operar esta figura, porque tener a unos funcionarios independientes dentro de la Superintendencia es admitir una instancia de poder paralela al superintendente, con lo cual pueden llegar a generarse decisiones encontradas o divergentes al interior de la propia entidad, efecto a todas luces funesto.

De todas formas, lo único cierto es que la Superintendencia de Industria y Comercio es aún competente para conocer de las controversias que por competencia desleal se susciten entre empresas de servicios públicos domiciliarios, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le fueron atribuidas por la Ley 446/98.

2.1.2. Atribuciones administrativas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

A partir de la expedición de la Ley 689/2001 se le asignan precisas facultades a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para adelantar investigaciones en materia de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas. Sobre el particular el artículo 13, modificatorio del artículo 79 de la Ley 142, en su numeral 32 dispone:

Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

Esta norma ha obtenido su desarrollo reglamentario a través del decreto 990/2002 (Art. 5, num. 4 y Art. 16, num. 2); en él se encomienda a las intendencias delegadas para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, Energía Eléctrica y Gas y Telecomunicaciones.

Las implicaciones de estas nuevas expresas atribuciones conferidas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en materia de competencia desleal, son de no poca importancia si nos atenemos a la variada potestad sancionatoria que posee la entidad, según lo consagrado en el artículo 81 de la Ley 142/94, que la facultan, por ejemplo, tanto para imponer multas hasta por 2.000 salarios mínimos mensuales como para prohibir al infractor prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

Respecto de estas atribuciones resultan igualmente válidos los reparos que formulamos en torno al ejercicio de acciones administrativas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Como se explicó en la parte introductoria, los actos de competencia desleal están referidos a conflictos entre particulares cuya solución, en la tridivisión de las ramas del poder público que conforman nuestro Estado, concierne a los jueces de la república, como en efecto fue dispuesto por la Ley 256/96, que regula la materia. Reiteramos nuestra posición, en el sentido que las normas sobre competencia desleal no constituyen un desarrollo de la libertad de empresa o libertad económica que justifiquen la intervención de la Superintendencia; por el contrario, se trata de normas de corrección profesional cuyo ejercicio es propio de los jueces. A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, como ya sabemos, sostiene que las conductas de competencia desleal afectan intereses generales, y en tal virtud, las superintendencias son competentes para su conocimiento, con lo cual de algún modo ha quedado zanjada la discusión.

La Ley 689/2001, al asignarle competencia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para adelantar las investigaciones por competencia desleal, generó un vacío legal, por cuanto no se determinó el procedimiento, ni los alcances precisos de la función atribuida a la Superintendencia. Recordemos que este tema se halla regulado bajo la órbita judicial por la Ley 256/96. De allí que para que la Superintendencia de Industria y Comercio ejerciera sus atribuciones en esta materia, la Ley 446/98 tuvo que hacer remisión a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, esto es, el decreto 2153/92. No sucede lo mismo frente al caso de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la que se le asignaron facultades de vigilancia en abstracto, sin que hasta la fecha se

halle reglamentado el tema, que podría llegar a tener serias implicaciones sobre el debido proceso.

El decreto 2153/92 en su artículo 52 regula de forma general el procedimiento que debe seguir la Superintendencia de Industria y Comercio y remite, en lo no previsto por la norma, al Código Contencioso Administrativo. Es así como la Superintendencia de Industria y Comercio, por ejemplo, puede ordenar la clausura de una investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga o evidencia un fin correccional que no necesariamente entraña para el infractor la imposición de una sanción.

En torno al ejercicio de estas funciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios existe una ausencia de reglamentación, que vale la pena desarrollar, para delinear de manera inequívoca los alcances de la entidad frente a un tema tan sensible como la investigación y posible imposición de sanciones por la comisión de actos de competencia desleal; aspecto, este último, que, en principio, nos inclinaríamos a pensar se encuentra sometido a lo previsto en el artículo 81 de la Ley 142/94.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José, Criterios de aplicación de las normas de competencia». En revista *Apertura Internacional*. Bogotá, 1994.
- «Antecedentes constitucionales y régimen de prácticas comerciales restrictivas». En *Ciencias Jurídicas* - CEDEC. Colección Seminarios N° 5. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1994.
- FERNEY MORENO, Luis, *Servicios Públicos Domiciliarios: perspectivas del Derecho Económico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- GÓMEZ LEYVA, Delio, *Las prácticas restrictivas de la competencia*. De las restricciones, del abuso y de la deslealtad en la competencia económica. Capítulo 2, Prácticas restrictivas de la libre competencia y el abuso del posición de dominio.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso, El régimen general de la libre competencia. En *Ciencias Jurídicas* - CEDEC. Colección Seminarios N° 10. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, p.17 a 47.
- PALACIOS MEJÍA, Hugo, *El derecho de los servicios públicos. Derecho Vigente*. Bogotá, 1999.
- La competencia y los servicios públicos. En *Actualidad Jurídica*, tomo IV. Bogotá, 2001 editado por la SSPD.
- SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo, PACHECO DELEÓN, Hugo, OBREGÓN GONZÁLEZ, Guillermo y ALVARADO RINCÓN, Yezid, Del carácter Singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios. En *Actualidad Jurídica*, tomo IV. Bogotá, 2001 editado por la SSPD.

Leyes

Ley 159/55

Ley 256/96

Ley 142/94

Ley 143/94

Ley 446/98

Ley 689/01

Decretos

2153/92

548/95

1359/96

891/02

990/02

Resoluciones

CRA 151/01

SIC 23458 de noviembre 9/99

Sentencias

CONSEJO DE ESTADO

Expd. 6180, julio 26/01, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Expd. 7916, noviembre 28/02, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P. Manuel Urueta Ayola.

CORTE CONSTITUCIONAL

C-672/99. M.P. Antonio Barrera Carbonell

C-384/00. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

C-649/01. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

C-415/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett