

Régimen de la competencia en materia de servicios públicos*

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

I. GENERALIDADES

Se incluyen los aspectos de la ley, en particular de la Ley 142 de 1994, en dónde se hace referencia a la importancia del derecho de la competencia a la manera como este derecho debe ser tenido en cuenta como objetivo de las actuaciones y criterio de interpretación, sin señalar conductas o comportamientos prohibidos.

II. CONDUCTAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

Las normas sobre competencia se dividirán en este trabajo en dos grandes grupos: Normas relativas a las prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia (antimonopolios) y disposiciones de competencia desleal.

En este acápite se incluyen las normas prohibitivas de comportamientos monopolísticos o contrarios a la libre competencia.

En nuestra opinión la Ley 155 de 1959 contenía disposiciones generales aplicables a todos los sectores incluido el de servicios públicos. En la medida que el decreto 2153 de 1992 tiene jerarquía material de ley y se entiende modificadorio de esa ley, las previsiones de antimonopolios de ambas dis-

posiciones son, en principio, aplicables a los servicios públicos domiciliarios.

A. Excepciones y exenciones

En el párrafo del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 se prevé la posibilidad de que la Superintendencia de Industria y Comercio declare que por un tiempo determinado alguna conducta que sería contraria a las disposiciones sobre monopolios será temporalmente permitida.

En el Decreto 2153 de 1992 se incluyeron condiciones que, de darse, exceptúan la regulación sobre antimonopolios.

Creemos que ambas instituciones son, por su carácter general y no contradictorias con el régimen especial, aplicables a los servicios públicos domiciliarios. Surge una duda si, muy difícil, en cuanto a cual sería la entidad con capacidad para otorgar el permiso.

Mediante el Decreto extraordinario 3307 de 1963 se señaló que la autoridad competente sería la Superintendencia de Industria y Comercio.

En el Decreto 2153 de 1992 se indica que esa superintendencia continuará aplicando las normas sobre antimonopolios previstas en la Ley 155 de 1959, en cuanto

la función no fuera asignada a otra entidad o funcionario.

En la Ley 142 de 1994, en la forma como quedó modificada con la ley 689 de 2001 se le encomendó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la responsabilidad de adelantar las investigaciones y adoptar las medidas que correspondieran por contravención a las disposiciones contenidas en la misma Ley 142 de 1994.

De ese modo, teniendo presente el principio de legalidad que impide a un funcionario ir más allá de lo que la ley le permite, concluimos que la función de conceder las licencias temporales respecto de los operadores de servicios públicos domiciliarios, continúa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En algunas jurisdicciones, principalmente los Estados Unidos de América, existe una diferencia entre los comportamientos prescritos "per se" y aquellos que son ilegales solamente cuando tienen carácter nocivo luego de aplicar la "regla de la razón" al comportamiento que se está estudiando.

Es nuestra creencia que ese análisis en dos etapas no está consagrado de manera general en Colombia. Ciertamente, los objetivos enumerados en el número 1 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992 son criterios de significatividad que la Superintendencia de Industria y Comercio debe evaluar para resolver si avoca una investigación o no. No forman parte de la descripción de la infracción.

Una consecuencia de lo anterior es que cuando la investigación de las contravenciones ha sido encomendada a otra autoridad diferente, como en este caso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ésta no puede tener en cuenta esa norma.

No obstante, de manera singular para los abusos de posición dominante previstos en el artículo 133 de la Ley 142 de 1994 se previó relatividad de la ilegalidad en la medida en que se de una de estas dos circunstancias:

– "La presunción de abuso de la posición dominante puede desvirtuarse si se establece que las cláusulas aludidas, al considerarse en el conjunto del contrato, se encuentran equilibradas con obligaciones especiales que asume la empresa. La presunción se desvirtuará, además, en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la comisión para contratar una de las cláusulas a las que este artículo se refiere, y ésta lo haya dado.

– Cuando una comisión haya rendido concepto previo sobre un contrato de condiciones uniformes, o sobre sus modificaciones, el juez que lo estudie debe dar a ese concepto el valor de una prueba pericial firme, precisa, y debidamente fundada".

Finalmente, vemos que en materia de integraciones se deben tener en cuenta la excepción de eficiencia que trae el Decreto 2153 de 1992 y la posibilidad abierta en el artículo 21 de la Ley 142 de 1994.

B. Cláusulas generales de prohibición antimonopolios

Tanto en la ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992, como en la Ley 142 de 1994 existen dos formas de indicar cuales comportamientos son ilegales: Cláusulas generales en las que se dan parámetros sobre las características que tendrían los comportamientos ilícitos, presunciones y reglas específicas que indican supuestos en los cuales el legislador ya ha señalado que se afecta la competencia.

En este aparte incluimos las primeras. En los numerales sobre actos, acuerdos y abusos de posición dominante, las segundas.

Si bien el lenguaje del encabezado del artículo 34 de la Ley 142 de 1994 es diferente del que se usó en el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959, los entendemos complementarios y concordantes. En efecto, el artículo 34 citado prohíbe a los destinatarios entrar en prácticas que tengan la capacidad, el propósito o el efecto de restringir en forma indebida la competencia, mientras el artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 determina cuando ello ocurrirá.

C. Actos contrarios a la libre competencia

Se trata de aquellas conductas que se consideran restrictivas de la competencia, aún cuando quién las ejecute no tenga posición de dominio, no obstante que las desarrolle unilateralmente.

No vemos incompatibilidad entre la posibilidad que trae la segunda parte del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959 y el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 y las previsiones de éste tipo de comportamientos enumerados en la Ley 142 de 1994.

No hay en la norma especial sobre servicios públicos domiciliarios definición de acto. En esa medida es utilizable lo que trae el Decreto 2153 de 1992.

El tema de tarifas predatoria, esto es, cuando se cobra menos del costo de producción, genera dudas. Esto por cuanto hay varios artículos en la ley especial, la Ley 142, en donde esa conducta es tenida como supuesto de la contravención en la forma de acto, mientras que el Decreto 2153 esto solo se contempla como una forma de abuso de posición dominante.

De esa manera, la prohibición contenida en el numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, si bien no estaría derogado, la contravención implicaría una "doble infracción" ya que sus supuestos están subsumidos en los artículos 34.1, 34.2 y 98.1 de la Ley 142 de 1994.

Este mismo número debe estudiarse frente a lo señalado en el artículo 98.2. En este caso la conclusión si parecería llevar a la derogatoria del número 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 en lo que hace a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, ya que el mismo supuesto se previó como infracción sin que sea necesario que el investigador tenga posición de dominio.

El mismo análisis y para llegar a idéntica conclusión sería hecho confrontando la regla dada en el número 2 del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 con el artículo 98.3 de la Ley 142 de 1994.

D. Acuerdos contrarios a la libre competencia

La única definición de acuerdo que encontramos, es la que trae el Decreto 2153 de 1992. En esa medida, para todos los efectos de interpretación y aplicación de las disposiciones sobre antimonopolios, esa será tenida en cuenta.

Existirían tres grupos de acuerdos contrarios a las normas sobre libre competencia:

- De una parte la posibilidad general contemplada en la primera parte del artículo 1.º de la Ley 155 de 1959;

- En segunda instancia aquellos de que se ocupa el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, adicionado mediante el artículo 16 de la Ley 590 de 2000; y

– En tercer lugar, encontramos los comportamientos plurilaterales contenidos en las leyes 142 y 143 de 1994.

El estudio del número 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 frente a lo prohibido en el artículo 34.3 de la Ley 142 de 1994 debe detenerse en la última frase de este: "... Creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia".

Mirando el punto bajo la lupa de la especialidad de la Ley 142 de 1994, deberíamos concluir en ese particular que acreditar el acuerdo y el objeto de fijar tarifas no sería suficiente para que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios pueda adoptar las medidas que corresponden a la violación de la ley.

Por el contrario, sería menester que se contará con evidencia respecto de las restricciones de la oferta o la anormalidad de los precios resultantes.

E. Abuso de posición dominante

1. Definición de posición dominante

La definición de posición dominante que trae el Decreto 2153 de 1992 es diferente de la contemplada en la Ley 142 de 1994.

Teniendo en cuenta nuestra posición, respecto de que la Ley 155 de 1959 y su modificación prevista en el Decreto 2153 de 1992 son aplicables a todos los sectores incluido el de los servicios públicos domiciliarios, aquí cabrían dos interpretaciones:

- La definición que se incorporó en la Ley 142 de 1994 es especial y por tanto prevalece en cuanto hace a la aplicación de las disposiciones a los destinatarios de la ley de servicios públicos; o,

- Las previsiones contenidas en el Decreto 2153 de 1992 no son escindibles y, por ello, al aplicar esas normas se debe usar la definición de ese decreto, mientras que, cuando se pretenda aplicar las de abuso de la Ley 142 de 1994 se usará su propia definición.

Nos parece más convincente la segunda alternativa, en tanto la jurisprudencia sobre interpretación de normas ha ido concluyendo que, salvo los casos de remisión legal, no es dable fraccionar las normas ya que al integrar sus partes el intérprete estará, sin permiso, creando una nueva norma.

2. Conductas abusivas de la posición dominante

Como se señaló en el aparte anterior, existen conductas abusivas descritas en el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 142 de 1994. Salvo la particularidad de que algunos de los abusos de que se ocupa el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 están previstos en la Ley 142 de 1994 como actos, con las consecuencia que hemos detallado, no encontramos mayores complicaciones a la conclusión que ambos cuerpos normativos pueden ser aplicados.

3. Obligaciones adicionales para los operadores con posición dominante

Aún cuando en estricto sentido no podrían considerarse disposiciones de competencia, ya que no establecen prohibiciones, hemos visto relevante incluir algunas obligaciones positivas que se imponen a los prestadores en razón de su posición de dominio.

III. INTEGRACIONES

Una de las formas clásicas de la utilización

preventiva de las posibilidades antimonopolios es el control de integraciones.

El origen de esa función estatal en Colombia está en el artículo 4.º de la Ley 155 de 1959. Allí se señaló que el Gobierno Nacional objetaría las integraciones que tendieran a generar una indebida restricción de la competencia.

En el Decreto extraordinario 3307 de 1963 se cambió para que donde dice Gobierno Nacional se leyera Superintendencia de Industria y Comercio.

En nuestra lectura dentro de las funciones que le corresponden a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no está esta. Esto, en razón a que el número 1 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992 se dio a la Superintendencia de Industria y Comercio una competencia residual para la aplicación de todas las disposiciones de antimonopolios cuya observancia no le hubiera sido encomendada a otra autoridad, sin que en particular le haya sido confiada la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

A. Información

Las operaciones que deben ser informadas son aquellas que constituyen una de las formas de colaboración taxativamente incluidas en la ley: Fusión, consolidación, integración, adquisición de control y la forma especial de escisión que habla el numeral 1 del artículo 3.º de la Ley 222 de 1995.

Deberán ser informadas esas operaciones cuando las entidades que se integrarán se dediquen a la misma actividad, siempre que los activos brutos conjuntos de las entidades equivalgan o superen 20 millones de pesos.

Para fines propios de las competencias de la Superintendencia de Industria y Co-

mercio, ésta ha dividido las integraciones en dos. Aquellas que deben ser informadas sujetas al régimen de aprobación general y las que deben someterse a la aprobación particular.

En tanto que esa clasificación fue hecha en uso de las facultades propias de la Superintendencia de industria y Comercio, en nuestro concepto no sería extensible a otras entidades que debieran pronunciarse sobre este tema.

B. Objeción

Los casos que en general deben objetarse son los que se indicó arriba. En el Decreto 1302 de 1964 se contemplan dos casos en los cuales se presumirá la indebida restricción a la competencia.

Adicionalmente, tratándose de servicios públicos, se agregan algunas hipótesis en las cuales se impediría la objeción para integraciones en razón de prohibiciones específicas, tales como las establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible respecto de la integración vertical, el porcentaje de mercado admisible y la franja de potencia.

En cualquier caso, el superintendente deberá abstenerse de objetar la operación, si los interesados demuestran los supuestos de la excepción de eficiencia.

C. Condicionamientos

La Superintendencia de Industria y Comercio ha entendido que, cuando la indebida restricción a la competencia que generaría una integración sería eliminada si se cumplen algunos condicionamientos, es factible una aprobación condicionada.

La posibilidad no está señalada en la ley de manera clara. Ha sido concluida de la

interpretación del número 21 del artículo 2.º del Decreto 2153 de 1992 y normas concordantes.

IV. DISPOSICIONES DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley 155 de 1959 contenía disposiciones sobre competencia desleal. Con la expedición del Código de Comercio la materia quedó íntegramente reglamentada en ese. Ciertamente, en los artículos 75 y siguientes se dispuso respecto de la sustancia, procedimientos a seguir y autoridad competente en la materia.

Con la expedición de la Ley 256 de 1996, de manera expresa se reemplazaron los artículos indicados del código de comercio. La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones contiene varios artículos que describen comportamientos desleales adicionales que, según lo reglamentado en el Decreto 2591 de 2000 deben entenderse integrantes de la ley general de competencia desleal.

No encontramos en la Ley 142 de 1994, ni en la 143 del mismo año, disposiciones que puedan entenderse como regulatorias de competencia desleal. En esa línea, no hay óbice para que las normas de la Ley 256 de 1996 complementadas con la Decisión 486 sean tenidas como la integridad de las de competencia desleal en servicios públicos domiciliarios.

A. Presupuestos

Se incluyen en este acápite los presupuestos generales en materia de competencia desleal, como son su objeto y los ámbitos de aplicación del mismo.

B. Cláusula general

Se describe en este acápite el deber de obrar acorde con el principio de la buena fe comercial y la prohibición general sobre actos de competencia desleal para los participantes en el mercado.

C. Presunciones

Se relacionan las normas según las cuales se presume que determinado acto constituye competencia desleal.

V. REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Se relacionan las disposiciones que fijan procedimientos.

Como se habrá notado, nuestra opinión es que las normas sustanciales aplicables al sector no se ven afectadas dependiendo de a cual superintendencia le sea encargada la vigilancia de su observancia.

En cambio, los procedimientos si varían. Esto en razón a que para la de servicios públicos, lo mismos que para la de industria y comercio se estableció un procedimiento que deben atender en las investigaciones que les correspondan.

A. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Procedimientos relativos a la producción de actos unilaterales que tengan por objeto la aplicación de la Ley 142 de 1994.

B. Superintendencia de Industria y Comercio-Competencia Desleal

Infracción a normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales res-

trictivas, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2153 de 1992.

Originalmente, cuando se le asignan funciones en materia de competencia desleal a la Superintendencia de Industria y Comercio, se señaló que en ello se seguiría el procedimiento contemplado para casos de antimonopolio.

Pero, se han dado distanciamientos. Primero para que existiera un incidente de liquidación de perjuicios, cuando se ventilan aspectos jurisdiccionales y para que se puedan atender las solicitudes de medidas cautelares. Luego, para atender el exótico entendimiento que la Superintendencia le dio a un fallo de la Corte Constitucional respecto de la posibilidad de que la misma entidad resolviera el caso en instancia administrativa. Y, finalmente, para que se de un paso a la apelación de la decisión jurisdiccional de fondo.

C. Superintendencia de Industria y Comercio-Integraciones

Procedimiento relativo a integraciones.

VI. FACULTADES DE LAS AUTORIDADES

A. Superintendencia de Industria y Comercio

Se determina cuales son las facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con las materias objeto del presente documento, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992 y los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998.

B. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Se determinan las facultades de la Superin-

tendencia de Servicios Públicos en relación con las materias objeto del presente documento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

C. Otras autoridades

Se determinan las facultades que la ley otorga algunos ministerios en relación con el tema.

D. Comisiones de regulación

Se determinan las facultades generales de las comisiones de regulación en las materias objeto del presente documento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

La facultad de regulación de las comisiones de regulación de servicios públicos ha sido definida y delimitada por la ley¹ y su interpretación expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000.

La Corte Constitucional ha señalado que las resoluciones de las comisiones de regulación son actos administrativos, y que los cuerpos colegiados no están facultados para entrar a llenar vacíos de la ley.

"A juicio de la Corte, las comisiones no pueden asumir una función reglamentaria directa de los preceptos constitucionales, ni pasar por alto su sujeción a la ley y a las disposiciones gubernamentales"².

Solamente pueden ser expedidas resoluciones fundadas en la ley³, pero no pueden expedir "normas" de competencia, sin fundamento legal⁴.

La regulación de los servicios públicos domiciliarios, es una forma de intervención estatal en la economía, cuyo objeto es subsanar los errores de un mercado que es imperfecto y delimitar así el ejercicio de la

libertad de empresa, para preservar la adecuada competencia, en aras de una mejor prestación de los servicios.; esta función no implica, en ningún momento y de ninguna forma la asunción de competencias legislativas. Las atribuciones que les son propias a tales comisiones se deben ejercer de acuerdo con la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno.

1. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (CREG)

Se determinan las facultades generales de las comisiones de regulación en las materias objeto del presente documento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74.1 de la Ley 142 de 1994.

2. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)

Resolución n.º 151 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA):

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución n.º 151 de 2001, mediante la cual compiló la totalidad de las resoluciones expedidas y estableció la "Regulación Integral de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo", por lo que incluimos los acápite aplicables a temas objeto del presente trabajo.

3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT)

Se determinan las facultades generales de las comisiones de regulación en las materias objeto del presente documento, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74.3 de la Ley 142 de 1994.

En el anexo 2 de este documento se encuentran las resoluciones expedidas por las Comisiones de Regulación en relación con los temas objeto de este estudio.

- * Informe de consultoría presentado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- 1 Ley 142 de 1994, artículos 68, 73 y 74.
 - 2 Corte Constitucional, Sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.
 - 3 Ídem. Los actos expedidos por las comisiones de regulación, tanto de carácter general como o particular "... deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial".
 - 4 En este sentido existen pronunciamientos jurisprudenciales, respecto de las funciones de las comisiones de regulación. El Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 11.857 del 25 de septiembre de 1997, M. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO) sostuvo que no era aceptable la delegación de la formulación de políticas generales de administración, en tanto esta función debía ejercerla exclusivamente el Presidente de la República, con sujeción a la ley. Es más no resulta admisible la delegación de facultades "legislativas" en las comisiones de regulación, por que de por sí el legislador sólo por excepción puede delegar su poder en el Presidente (art. 150 num. 10 C. P. de Colombia) no tendría ningún sentido que él pudiera hacerlo sin límites, en un organismo jerárquicamente inferior. La Corte Constitucional señaló que "... ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11 de la C. P., y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área..." (Sent. C-1162 del 6 de septiembre de 2000, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO). La única excepción a lo anterior sería por una autorización expresa de la ley a las comisiones para ello.