

SEGUNDO CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO EMPRESARIAL

**FORMAS DE CONTROL, COLABORACION, COMPETENCIA EMPRESARIAL Y
PROPIEDAD INDUSTRIAL**

PONENCIA TITULADA:

**“EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA LEY DE
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS”**

**MODULO II: “PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA Y
COMPETENCIA DESLEAL”.**

**Autor: Alfonso Miranda Londoño
Dirección: Diagonal 68 No. 11A-38
Teléfono: 2494743
Fax: 3130573**

Santafé de Bogotá, D.C., Octubre de 1997

“EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA LEY DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS”

Por: Alfonso Miranda Londoño¹

1. INTRODUCCION.

Como lo he expresado anteriormente, uno de los principales problemas que presenta la aplicación del Derecho de la Competencia en Colombia, es el de la multiplicidad de normas y de autoridades de la competencia.²

Esta proliferación normativa e institucional se ha producido en parte, como consecuencia de la consagración del Derecho a la Libre Competencia Económica en el artículo 333 y concordantes de la Constitución Política de 1991, y tiende a hacer aún más engorrosa la ya difícil tarea de aplicar de manera coherente los principios implícitos en el derecho de la Competencia.³

La verdad es que en Colombia, además del Régimen General de la Libre competencia contenido en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 y normas concordantes, el legislador ha establecido otros regímenes aplicables al sector financiero y asegurador (D. 663 de 1993), al sector portuario (Leu 1 de 1991), al mercado de los servicios de salud (Ley 100 de 1993 y D. 1.663 de 1994), y muy especialmente a los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994).

¹ Abogado y Socioeconomista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho Económico Comparado de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia en las Universidad Javeriana. Director del Centro de Estudios del Derecho de la Competencia - CEDEC.

²En relación con la problemática de la proliferación normativa y de la multiplicidad de autoridades para la aplicación de las políticas de competencia, puede consultarse mi artículo "Presente y Futuro del Derecho de la Competencia en Colombia". Revista de Derecho No. 3. Universidad del Norte. Barranquilla 1994. Págs. 80 y 81.

³ Un estudio sobre los antecedentes del artículo 333 de la Constitución Política puede verse en mi artículo titulado "El Abuso de la Posición Dominante: Perspectivas de la aplicación en Colombia a la luz del Derecho Comparado". Revista Universitas No. 85. Noviembre 1993. pág 151-193.

En mi opinión la Ley 142 de 1994, a diferencia de otras de las normas especiales arriba enunciadas, establece un verdadero régimen de la libre competencia especial para los servicios públicos domiciliarios, el cual difiere notoriamente desde el punto de vista conceptual y estructural del llamado régimen general de la libre competencia, contenido en la Ley 155 de 1959 y en el decreto 2.153 de 1992, e incorpora numerosos conceptos y definiciones equívocos y antitécnicos que complicarán su aplicación y harán de la homologación de conceptos con el régimen general una tarea casi imposible.

Lo anterior se debe principalmente, a que la Ley 142 de 1994, hace de la libre competencia económica uno de los pilares fundamentales de la prestación de los servicios públicos domiciliarios como se deduce de los párrafos siguientes.

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 365 de la C.P., los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado, el cual debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Según el artículo constitucional citado, los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico que establezca la ley y pueden ser prestados por el Estado en forma directa o indirecta, por comunidades organizadas o por particulares. También puede el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno, reservarse ciertas actividades estratégicas o servicios públicos, previa indemnización de las personas que por virtud de la ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

El Estado Colombiano definió el régimen legal al cual se debe someter la prestación de los servicios públicos domiciliarios, mediante la expedición de la Ley 142 de 1994, reformada por medio de la Ley 286 de 1996.

De acuerdo con la Ley 142 de 1994, el principio general es el de la libre competencia y el libre acceso a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, por parte de todas las aquellas personas que deseen hacerlo, organizándose en la forma que dispone la ley. En efecto, el artículo 10 de la Ley establece lo siguiente:

“**Artículo 10.- Libertad de empresa.** Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos dentro de los límites de la Constitución y la ley.”

Así mismo, el artículo 22 de la mencionada Ley, establece lo siguiente:

“**Artículo 22.- Régimen de funcionamiento.** Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades.”

El presente documento contiene un análisis preliminar y de carácter general del régimen de libre competencia para los servicios públicos domiciliarios, el cual debe ser complementado con el análisis de las decisiones que en materia de libre competencia ha venido profiriendo la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la profusa regulación que al respecto han venido desarrollando la CRT, la CREG y la CRAP.

2. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

La Ley 142 de 1994 no hace una referencia clara a la finalidad de las normas de la Competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios, sin embargo, es necesario mencionar que el numeral 2.6 del artículo 2º de la Ley, señala como una de las finalidades de la intervención del Estado en los servicios públicos, la preservación de la libertad de competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante en el mercado.

De otra parte resulta importante destacar lo establecido por los numerales 11.1. y 11.2. del artículo 11 de la Ley, según los cuales para cumplir con la función social de la propiedad pública o privada, las entidades que presten servicios públicos domiciliarios tienen obligaciones tales como la de *"Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente a usuarios o a terceros."* Y la de *"Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia"*.

Por último es necesario mencionar, que al determinar las funciones y facultades generales de las Comisiones de Regulación, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, señala como finalidades de la actuación de las Comisiones de Regulación las de *"regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad."*

Puede deducirse por lo tanto, que el bien jurídico protegido por el Derecho de la Competencia en el sector de los servicios públicos domiciliarios es el de lograr que la prestación de los servicios, ya sea por parte de un monopolista o por parte de los competidores, se haga en condiciones económicamente eficientes, que no impliquen abuso de la posición dominante y que produzcan servicios de calidad. Como se puede observar, existen algunas diferencias entre este bien jurídico protegido y el que presentan las normas generales de competencia, a los cuales se hizo referencia en los puntos 4.1.3. y 4.2.3. de este documento.

3. REGULACION, CONTROL Y VIGILANCIA.

En el presente acápite se revisarán las facultades de regulación, control y vigilancia que la Ley 142 de 1994 le otorga a las Comisiones de Regulación y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, específicamente en relación con el Derecho de la Competencia.⁴

A este respecto es necesario destacar, que las funciones de las Comisiones de Regulación, en materia de Derecho de la Competencia, hacen referencia a la promoción de la libre competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y por supuesto

⁴ El análisis integral de las funciones de control, inspección y vigilancia puede ser consultado en el documento titulado: "LA INSPECCION Y VIGILANCIA EN LOS SECTORES DE TRANSPORTE, ENERGIA, TELECOMUNICACIONES, AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO" que presentamos dentro de esta misma asesoría.

a la regulación de los mercados y de las condiciones en que se prestan dichos servicios públicos; mientras que la Superintendencia tiene la función de investigar y sancionar a aquellas empresas o personas que infrinjan la Ley o los reglamentos expedidos por las Comisiones.

Las principales funciones de las Comisiones de Regulación en relación con el Derecho de la Competencia, se encuentran en los artículos 73 y 74 de la Ley, que en sus partes pertinentes dicen lo siguiente:

"Artículo 73.- Funciones y facultades generales. Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales:

"..."

73.2. Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas:

- a) Competir deslealmente con las de servicios públicos;
- b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos;
- c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen.

73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos y solicitar las evaluaciones que considere necesarias para el ejercicio de sus funciones.

73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

"..."

73.13. Ordenar que una empresa de servicios públicos se escinda en otras que tengan el mismo objeto de la que se escinde, o cuyo objeto se limite a una actividad complementaria, cuando se encuentre que la empresa que debe escindirse usa su posición dominante para impedir el desarrollo de la competencia en un mercado donde ella es posible; o que la empresa que debe escindirse otorga subsidios con el producto de uno de sus servicios que no tiene amplia competencia a otro servicio que sí la tiene; o, en general, que adopta prácticas restrictivas de la competencia.

73.14. Ordenar la fusión de empresas cuando haya estudios que demuestren que ello es indispensable para extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios.

- 73.15. Ordenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta Ley.
- 73.16. Impedir que quienes captan o producen un bien que se distribuye por medio de empresas de servicios públicos adopten pactos contrarios a la libre competencia en perjuicio de los distribuidores; y exigir que en los contratos se especifiquen los diversos componentes que definen los precios y tarifas.
- "..."
- 73.22. Establecer los requisitos generales a los que deben someterse las empresas de servicios públicos para utilizar las redes existentes y acceder a las redes públicas de interconexión; así mismo, establecer las fórmulas tarifarias para cobrar por el transporte e interconexión a las redes, de acuerdo con las reglas de esta Ley.
- "..."
- 73.25. Establecer los mecanismos indispensables para evitar concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público."

"Artículo 74.- Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

- 74.1. De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible.
- a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.
 - b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;
- "..."
- 74.2. De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico:
- a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

- b) Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.

"..."

74.3. De la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones:

- a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.
- b) Resolver los conflictos que se presenten entre operadores en aquellos casos en los que se requiera la intervención de las autoridades para garantizar los principios de libre y leal competencia en el sector y de eficiencia en el servicio.
- c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta Ley."

"..."

4. PROHIBICION A LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS Y DESLEALES DE COMPETENCIA.

La prohibición a las prácticas restrictivas y desleales de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, se encuentra contenida en los artículos 34, 98 y 133. En el presente acápite se hace un análisis de estas normas.

4.1. Comentarios Generales.

Como se ha advertido a lo largo del presente documento, uno de los problemas fundamentales del Derecho de la Competencia en Colombia, radica en la proliferación normativa y la multiplicidad de autoridades de la Competencia, que a la larga pueden entorpecer el desarrollo de los principios que informan este derecho, e impedir el logro de sus objetivos. Lo anterior resulta especialmente grave en un país como Colombia, que está tratando de atraer a los inversionistas extranjeros con el fin de que participen en la gestación de la infraestructura nacional. Resulta evidente que el Derecho de la Competencia constituye parte importante del entorno jurídico, cuya claridad y estabilidad ejerce una influencia definitiva en la decisión de los inversionistas sobre su participación en los proyectos del país.

El comentario anterior adquiere plena validez cuando se examinan las normas sobre Derecho de la Competencia incluidas en la Ley 142 de 1994. En efecto, los artículos 34, 98 y 133 de

la Ley, que contienen la mayor parte de las referencias al tema de la libre competencia, no responden ni mucho menos a la estructura conceptual de las normas generales sobre el tema, la cual se encuentra descrita en los capítulos anteriores de este documento, y por el contrario incorporan notables contradicciones a la misma, además de que confunden criterios fundamentales de esta materia, como se explica a continuación.

El artículo 34 de la Ley contiene la prohibición general de "*...las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas.*" En este artículo se hace una prohibición genérica a las empresas de servicios públicos de realizar en sus actos y contratos discriminaciones, prácticas desleales o restrictivas de la competencia. Acto seguido el artículo señala de manera no taxativa las que considera restricciones indebidas a la libre competencia, mezclando de manera indiscriminada prácticas predatorias, para las que no exige el requisito de que exista posición de dominio en el mercado; acuerdos anticompetitivos; prácticas de competencia desleal; y abuso de la posición dominante, de conformidad con lo establecido por el artículo 133 de la Ley.

Tres son los errores fundamentales que se pueden señalar en relación con este artículo: El primero consiste en mezclar en una sola disposición todos los tipos de prácticas que contiene la Ley, sin clasificarlas ni tratarlas de manera separada como sucede en el decreto 2.153 de 1992. En segundo lugar, se independizan los precios predatorios del abuso de la posición dominante, lo cual crea una evidente y muy importante contradicción con el régimen general de la competencia, en el cual como se sabe, los precios predatorios solamente constituyen una infracción a la libre competencia, como abuso de la posición dominante, cuando existe posición de dominio en el mercado. En tercer lugar se clasifican las conductas de competencia desleal contenidas en el Código de Comercio, como prácticas restrictivas de la competencia, lo cual es bien discutible como se expresó al inicio de este documento.⁵

El artículo 34 de la Ley 142 de 1994 dice textualmente lo siguiente:

"Artículo 34.- Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;

⁵ Adicionalmente debe tenerse en cuenta que las normas de competencia desleal contenidas en la Ley 155 de 1959 y en el Código de Comercio, resultaron derogadas por la Ley 256 de 1996, contentiva de la nueva legislación sobre la materia.

- 34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;
- 34.3. 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;
- 34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia;
- 34.5. Las que describe el Título V del Libro I del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal;
- 34.6. El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de esta Ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos."

El artículo 98 de la Ley contiene las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, que la Ley, por alguna razón desconocida, no considera comprendidas dentro de la clasificación general de prácticas restrictivas de la libre competencia contenida en el artículo 34.

Las conductas tarifarias restrictivas consisten en dos conductas de precios predatorios separadas, sin ninguna diferenciación relevante entre ellas y una conducta discriminatoria. Las conductas predatorias, al igual que las incluidas en el artículo 34 de la Ley, se encuentran desligadas del concepto de posición de dominio en el mercado.

El artículo 98 de la Ley dice textualmente lo siguiente:

"Artículo 98.- Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

- 98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.
- 98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.
- 98.3. Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.

La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar a que éstas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos."

El artículo 133 de la Ley contiene las conductas que se consideran como abuso de la posición dominante, las cuales solamente se refieren a las relaciones que existen entre las empresas de servicios públicos y los usuarios o suscriptores de los mismos.

El artículo clasifica de manera no taxativa 26 ejemplos de cláusulas en las cuales se presume que existe abuso de la posición dominante. Los aspectos más relevantes de estas cláusulas se explicarán más adelante.

4.2. Prácticas Discriminatorias.

El tema de las prácticas discriminatorias, como ya se advirtió, se encuentra tratado en el encabezamiento del artículo 34 de la Ley, en el cual se establece que "*Las empresas de servicios públicos, en todos los actos y contratos deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados*". Este artículo se refiere tanto a las discriminaciones concertadas, como a los actos unilaterales de discriminación.

Así mismo, el numeral 98.3. del artículo 98 de la Ley, señala como prácticas tarifarias restrictivas de la competencia, las que realizan las empresas de servicios públicos para "*Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a los primeros tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas.*" Como se puede observar, este tipo de discriminaciones son conductas unilaterales.

Estos actos discriminatorios resultan concordantes con lo establecido en el numeral 2º del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992.

4.3. Acuerdos Anticompetitivos.

Los acuerdos anticompetitivos se encuentran descritos en los numerales 34.3. y 34.4. del artículo 34 de la Ley. En el primer caso se trata de acuerdos horizontales para repartirse cuotas o segmentos de un mercado, o para fijar tarifas por encima de las condiciones de 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*". Estos acuerdos son por lo tanto equivalentes a los relacionados en los numerales 1º y 4º del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992.

El segundo caso hace referencia también a acuerdos horizontales por medio de los cuales se trate de realizar colusión en las licitaciones públicas: *"Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en que deba hacer citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia."* Este tipo de acuerdos resulta equivalente a los que se ñala el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992.

Se echan de menos en la reglamentación otros tipos de acuerdos que desarrolla el Decreto 2.153 de 1992, tales como las ventas atadas, la repartición de mercados, la limitación de fuentes de acceso de insumos productivos, la limitación de desarrollos técnicos y los límites a los niveles de producción.

4.4. Actos de Competencia Desleal.

En relación con los actos de competencia desleal es necesario reiterar dos comentarios importantes: En primer lugar, se clasifica a las conductas de competencia desleal como prácticas restrictivas, lo cual resulta bien discutible. Adicionalmente, el Título V del Libro I del Código de Comercio fue derogado por la Ley 256 de 1996, que contiene el nuevo régimen de competencia desleal en Colombia, el cual por razones temáticas y de espacio, no se discute ni analiza en el presente documento.

4.5. Abuso de la Posición Dominante.

El tema de la posición dominante y el abuso de la posición dominante en la Ley 142 de 1994 presenta importantes contradicciones con el régimen general del Derecho de la Competencia contenido en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2.153 de 1992, lo cual como ya se ha dicho genera grandes dificultades en la interpretación y aplicación de estos conceptos.⁶

En efecto, en el régimen de la Ley 142 de 1994 existen dos formas de posición de dominio en el mercado, una de de caracter subjetivo y otra de caracter objetivo.

La de caracter subjetivo se explica por cuanto de acuerdo con la Ley, las Empresas de Servicios Públicos - ESP, siempre tienen posición de dominio respecto de sus usuarios, lo cual no resulta para nada lógico si se tiene en cuenta que pueden existir casos de grandes usuarios, o eventos en los cuales no necesariamente exista una posición de dominio, como la ha definido la jurisprudencia en Europa o Estados Unidos, o como la define el artículo 45 del

⁶ En relación con este tema se puede consultar a Concha Delgado, Santiago, "El Abuso de la Posición Dominante en la Ley 142 de 1994" próximo a publicarse en el segundo tomo de publicaciones del Centro de Estudios del Derecho de la competencia - CEDEC.

Decreto 2.153 de 1992, haciendo referencia a la “*posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado*”.

La de carácter objetivo, que resulta completamente antitécnica, arbitraria y contraria a la definición del Decreto 2.153 de 1992, hace consistir la posición de dominio de las ESP en un criterio de participación en el mercado, criterio que fue inicialmente utilizado en la Ley 155 de 1959, pero fue totalmente abandonado por el Decreto 2.153, siguiendo en esto la evolución conceptual que se ha presentado a nivel internacional.⁷ De conformidad con este criterio tienen posición de dominio respecto del mercado de sus servicios, las ESP que sirven el 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

En este sentido el numeral 14.13. del artículo 14 de la Ley, establece lo siguiente:

"Artículo 14.- Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.13. 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."

De otra parte, resulta bastante extraño el hecho de que las conductas que constituyen abuso de la posición dominante en el mercado, no requieren que quien incurre en ellas detente una posición de dominio en el mercado. Es así como el encabezamiento del artículo 133 de la Ley establece lo siguiente:

"Artículo 133. Abuso de la posición dominante. Se presume que hay abuso de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, en los contratos a los que se refiere este libro, en las siguientes cláusulas:"

En cuanto a las conductas en sí mismas, debe anotarse que se presume que existe abuso de la posición dominante cuando una empresa de servicios públicos incurre en cualquiera de las conductas señaladas en el artículo 133 de la Ley. Ahora bien, aunque dichas conductas están descritas en relación con los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que dicho artículo se encuentra dentro del título del contrato de servicios públicos de la Ley, dichas conductas también constituyen abuso de la posición dominante cuando se comenten contra cualquier "*...otra parte contratante y en cualquier clase de contratos,*" como lo establece el numeral 34.6 del artículo 34 de la Ley.

⁷ En efecto, aunque la Ley 155 de 1959 no define en parte alguna la posición de dominio ni el abuso de la posición dominante en el mercado, en su artículo 2 impone una vigilancia especial a aquellas empresas que tengan capacidad para determinar los precios en el mercado, por la cantidad que controlen del mismo producto.

Es necesario advertir que la presunción de abuso de la posición dominante de que trata el primer inciso del artículo 133, es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, como lo advierten los incisos v finales de dicho artículo, los cuales establecen lo siguiente:

"....."

"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.

Si se anula una de las cláusulas a las que se refiere este artículo, conservarán, sin embargo, su validez todas las demás que no hayan sido objeto de la misma sanción.

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."

En cuanto a la clasificación de las conductas de abuso de la posición dominante, es posible agruparlas de conformidad con los siguientes criterios:

4.5.1. Imposición de Obligaciones Adicionales:

Sucede cuando las empresas de servicios públicos imponen a los usuarios obligaciones adicionales de las que naturalmente deberían soportar en situación de competencia, incluyendo el caso de las ventas atadas. A esta categoría pertenecen los siguientes numerales del artículo 133:

- "133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;
- 133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiriera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;
- 133.6. Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede;
- 133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga

que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

- 133.16. Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste:
 - a.- Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, o
 - b.- Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato; o
 - c.- Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva;
- 133.18. Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto en la ley para que el suscriptor o usuario ponga de presente los vicios ocultos de los bienes y servicios que recibe;
- 133.19. Las que obligan al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por mas de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios; pero se permiten los contratos por término indefinido.
- 133.21. Las que obligan al suscriptor o usuario a dar preaviso superior a dos meses para la terminación del contrato, salvo que haya permiso expreso de la comisión;
- 133.22. Las que obligan al suscriptor o usuario a aceptar por anticipado la cesión que la empresa haga del contrato, a no ser que en el contrato se identifique al cesionario o que se reconozca al cedido la facultad de terminar el contrato;
- 133.23. Las que obliguen al suscriptor o usuario a adoptar formalidades poco usuales o injustificadas para cumplir los actos que le corresponden respecto de la empresa o de terceros;
- 133.24. Las que limitan el derecho de retención que corresponda al suscriptor o usuario, derivado de la relación contractual;
- 133.25. Las que impidan al suscriptor o usuario compensar el valor de las obligaciones claras y actualmente exigibles que posea contra la empresa;

4.5.2. Imposición de Condiciones Desiguales:

Aunque las distinciones empiezan a volverse sutiles, puede agruparse un conjunto de conductas que aunque no establecen obligaciones adicionales a cargo del usuario, si le confieren prerrogativas extraordinarias a la empresa de tal manera que le otorgan una ventaja indebida que rompe la conmutatividad del contrato:

- "133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;
- 133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;
- 133.3. Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario;
- 133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;
- 133.9. Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles al suscriptor o usuario ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance;
- 133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables componedores las controversias que surjan entre ellos;
- 133.11. Las que confieren a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias;
- 133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;
- 133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;
- 133.14. Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que:
a.- Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y
b.- Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido;
- 133.15. Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta ley autorice lo contrario;

- 133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;
- 133.20. Las que suponen que las renovaciones tácitas del contrato se extienden por períodos superiores a un año;
- 133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta ley.

4.6. Prácticas Predatorias.

Como se había señalado con anterioridad, en la Ley 142 de 1994, las prácticas predatorias se encuentran desligadas del abuso de la posición dominante, lo cual implica una importante contradicción con el régimen general de la competencia.

Las prácticas predatorias se encuentran desarrolladas en capítulos anteriores de este documento, pero en general hacen referencia a la aplicación de precios o tarifas por debajo del nivel de los costos, con el fin de excluir a los competidores del mercado, o impedir su acceso al mismo.

En la Ley 142 de 1994, estas prácticas se encuentran contenidas en los numerales 34.1. y 34.2. del artículo 34; y en los numerales 98.1. y 98.2. del artículo 98 de la Ley, los cuales establecen lo siguiente:

"Artículo 34.- Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

- 34.1. El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio;
 - 34.2. La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa;"
- "....."

"Artículo 98.- Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

- 98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros

mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

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

"....."