



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 02703 DE 2002
(30 ENE. 2002)

"Por la cual se resuelve un recurso"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus facultades legales, en especial las consagradas por la ley 446 de 1998, en concordancia con la ley 256 de 1996, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Mediante escrito radicado bajo el número 01107898 - 00010002 del 21 de diciembre de 2001, la abogada Uldy Delgado Echeverría, en su calidad de apoderada de la sociedad Energía Confiable S.A. E.P.S., presentó recurso de reposición contra el acto administrativo radicado bajo el número 01107898 00010000 del 18 de diciembre de 2001, mediante el cual esta Entidad negó la adopción de unas medidas cautelares. El objeto del recurso es que revoque la decisión aludida y se ordene a los denunciados a levantar las objeciones de registro de las fronteras presentadas ante el Administrador de Sistemas de Intercambios Comerciales, fundamentando su petición de la siguiente manera:

"II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Su Despacho afirmó que: "para nuestro caso concreto, el condicionamiento señalado en la norma para efectos de decretar una medida cautelar sin oír a la parte contraria no se cumple en este caso, ya que de las conductas señaladas en la denuncia, no permiten comprobar la inminencia o realización de un acto de competencia desleal..."

Para controvertir la apreciación de esa Entidad, me permito seguir el orden del acto que negó la medida cautelar.

1. LA REALIZACIÓN O LA INMINENCIA DE UN ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL

La Superintendencia hace depender la realización de la conducta, en especial el componente "Sanas costumbres mercantiles y/o usos honestos en materia comercial e industrial", a un pronunciamiento de la autoridad correspondiente que declare que las objeciones presentadas a la inscripción de las fronteras sean efectivamente injustas, infundadas y resulten contrarias a la ley, según su interpretación de la Resolución CREG 047 de 2000, artículo 20.¹

¹Artículo 2 de la resolución Creg 047 de 2000 numeral 5:

Por la cual se resuelve un recurso

Al respecto, me permito manifestar el yerro jurídico en que está incurriendo esa Entidad, por tres razones: La primera: su Despacho hace prevalecer la Resolución CREG 047 de 2000 - que es una norma inferior - frente a la Ley 256 de 1996, que es una norma superior; la segunda: traslada la legitimación activa para ejercer acciones por actos de competencia desleal en al vía jurisdiccional al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) desconociendo la legitimación activa que tiene ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P., quien sufre un daño por la comisión del acto de desviación de clientela por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P., y; la tercera: traslada su competencia de determinar una posible contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial a la Superintendencia de Servicios Públicos.

Examinemos detenidamente cada una de ellas.

PRIMERA: Su Despacho hace prevalecer la Resolución CREG 047 de 2000, que es una norma inferior frente a la Ley 256 de 1996, que es una norma superior.

Nos encontramos ante dos normas que entran en conflicto o, en otras palabras, estamos frente a una antinomia de normas jurídicas. ¿Por qué se presenta el conflicto? Porque la Superintendencia sustituye el derecho procesal de medidas cautelares contemplado en una norma superior como es el artículo 31 de la Ley 256, por un procedimiento de reporte de información a la autoridad competente para que ésta haga las investigaciones del caso cuando las objeciones al registro de fronteras comerciales no prosperan que está contemplado en norma inferior, esto es, en el artículo 2º de la Resolución CREG 047 de 2000. Como se puede deducir de lo antes expuesto, los dos procedimientos tienen diferentes finalidades: el la de medidas cautelares busca la orden provisional de suspensión o de cesación de la conducta presunta que se realizó o su inminencia; en cambio, el procedimiento de reporte de información que debe hacer el ASIC a la autoridad competente es para que se adelanten investigaciones de interés general, en otras palabras, en un sentido lógico de la norma, lo que quiso el regulador fue darle a la ASIC la facultad de denunciar unos hechos contrarios a la libre competencia, pero nunca la sustitución del derecho procesal de medida cautelar.

Precisamente, este reporte por parte del ASIC no se ha hecho ni se hará porque no se ha resuelto si las objeciones prosperan o no, ya que esta función no le corresponde al ASIC, sino a las mismas partes, porque el ASIC en esta relación sólo es un mandante que no tiene facultades legales para decidir si las objeciones de un tercero interesada prospera o no. Entonces, a quién le corresponde? Pues, le debería corresponder a las partes como se puede constatar en las comunicaciones dirigidas por el Director de Operaciones de Mercado del ASIC doctor Juan Diego Gómez al representante legal de ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P. quien manifiesta textualmente: "Adjuntamos copia de la comunicación 031287-3 ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A.; sugerimos que las partes se reúnan para aclarar y resolver la controversia"; Pero las partes no se han puesto de acuerdo porque: en primera instancia, estamos sujetos a que ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. tiene poder de mercado por su doble condición de operador de red y comercializador y es quien ha impuesto estas objeciones, se mantendrá en su posición de objetar las fronteras comerciales de ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P. hasta el último momento para que sus usuarios que se cambiaron de comercializador no logren hacerlo efectivamente.

Así entonces, su Despacho niega el derecho procesal de una medida cautelar contemplada en una norma superior, haciendo prevalecer una norma inferior que, entre otras, fija un procedimiento que no tiene nada que ver con el decreto de medidas cautelares; más aún, mal sería reconocerle a la Comisión de Regulación de Energía Eléctrica y Gas - CREG - facultades de regulación sobre derechos procesales de medidas cautelares por cuanto no está dentro de sus facultades, consagradas en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994. Adicionalmente, la parte notiva de la Resolución CREG 047 de 2000 ninguna parte de los considerandos hace referencia al artículo 31 de la Ley 256 de 1996, como para que se afirme que se hubiese establecido un procedimiento sustituto al derecho procesal de medida cautelar contemplado en otra norma superior, esto es, en el artículo 31 de la Ley 256 de 1996.

Por la cual se resuelve un recurso

Entonces, la pregunta que sigue es: ¿Cómo se resuelve este conflicto o antinomia de normas suscitado por la Superintendencia de Industria y Comercio? Bajo el sistema normativo colombiano se debe resolver en el siguiente orden:

En primer lugar, el criterio jerárquico; en segundo lugar, el de especialidad y; por último, el cronológico. De ahí que, si tomamos el primer criterio, esto es, el jerárquico - que prevalece sobre los demás -, sustentados en el principio de jerarquía normativa establecido en los artículos 4º y 230 Constitucional y artículo 5º de la Ley 256 de 1887², se deduce con absoluta claridad jurídica que la norma superior debe primar frente a la norma inferior; en ese orden, el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, prima frente al artículo 2º de la Resolución CREG 047 de 2000, posición sobre la cual se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-1162 de 2000³ que definió la jerarquía normativa en materia de servicios públicos domiciliarios, como es el asunto en comento. En dicha providencia este órgano jurisdiccional estableció que las leyes están por encima de las resoluciones que emiten las Comisiones de Regulación; estas últimas deben respetar la jerarquía normativa superior, esto es, los Decretos Reglamentarios, las Leyes y la Constitución Política y es por eso que tiene sentido la condición que puso la Corte Constitucional de que una interpretación diferente sería contraria a la Constitución.

En consecuencia, la Resolución CREG 047 de 2000 no se puede aplicar so pretexto que ella estableció un procedimiento especial para resolver las objeciones a las fronteras comerciales porque esa posición estaría negando un derecho procesal establecido en la norma superior, como es el de medidas cautelares establecido en el artículo 31 de Ley 256 de 1996. En otras palabras, su Despacho le está dando un alcance al artículo 2 de la resolución 047 que la misma Comisión ni quiso ni puede hacer; repito, el mencionado artículo estableció la posibilidad para el ASIC de denunciar unos hechos contrarios a la libre competencia, lo cual, como se dirá posteriormente, no le da capacidad para impedir de tajo la legitimación activa que tiene ENERGIA CONFIABLE S.A. E.S.P. como directo perjudicado par ejercer la acción declarativa, de condena, prohibitiva y solicitar medidas cautelares contra ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.

En conclusión, su Despacho consideró válido aplicar una norma inferior como es la Resolución CREG 047 de 2000 por encima de una norma superior, esto es, el artículo 31 de la Ley 256 de 1996, violando el principio de jerarquía normativa consagrado en la Constitución Nacional, al apoyarse en esta caso de conflicto de normas a favor de la norma inferior la que no tiene la finalidad de sustituir el derecho procesal de medida cautelar. No sobra agregar que, las normas de procedimiento establecidas por ley, sólo pueden ser modificadas por una norma de igual jerarquía ya que los procedimientos, como el de medidas cautelares, únicamente los puede establecer el legislador⁴. Esto significa que su desconocimiento no podría consagrarse por una norma inferior expedida por la Comisión de Regulación.

De ese modo la interpretación que hace la Superintendencia no respeta el principio constitucional de la jerarquía normativa, ni mucho menos, el principio constitucional de igualdad ya que han concedido medidas cautelares en otros casos sin que prevalezca una norma inferior frente a la norma superior (el artículo 31 de la ley 256 de 1996).

3

² Artículo 5 Ley 57 de 1887. "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella."

³ Corte Constitucional. Sentencia C-1162 de 2000. "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; además, es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias..."

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de mayo 26 de 1994. Magistrados Ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell. El contenido de esta Sentencia es válida para nuestra afirmación en el sentido que los procedimientos aplicables a terceros y que afecten derechos subjetivos deben ser establecidos por la Ley.

Por la cual se resuelve un recurso

Segunda: Traslada la legitimación activa para ejercer acciones por actos de competencia desleal por la vía jurisdiccional al Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales - ASIC -

Como se deduce del análisis del artículo 21 de la Ley 256 de 1996 sólo son algunos los legitimados para ejercer acciones jurisdiccionales derivadas de competencia desleal; precisamente ENERGIA CONFIABLE S.A. E.S.P., que participa en el mercado, es uno de ellos habida cuenta que sus intereses económicos están siendo perjudicados y amenazados por actos de competencia desleal por parte de ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. y que motivó el ejercicio de la acción jurisdiccional ante la Superintendencia de Industria y Comercio por ser la competente de acuerdo con los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, así como lo confirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 2001⁵. Para mayor precisión, pongo de presente que en la demanda que se presentó ante su Despacho se dejó claramente expreso que el proceso que se adelantaría corresponde al jurisdiccional por cuanto esa Entidad es la competente para conocer denuncias (demandas) por competencia desleal en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Entonces, cuando la Resolución CREG 047 establece que el ASIC debe remitir a la autoridad competente las objeciones que no prosperan, informando el tiempo que por causa de dicha objeción se impidió el registro con el fin de que se adelanten las respectivas investigaciones a fin de determinar si existen o existieron prácticas restrictivas a la libre competencia, dicha información sólo es procedente para efectos de adelantar procesos en que esté involucrado el interés general como es el caso de las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Servicios Públicos en virtud de sus facultades de policía administrativa de conformidad con el artículo 13 numeral 32 de la Ley 689 de 2001 y no para ejercer acciones declarativas, de condena, prohibitivas y de solicitud de medida cautelar que se adelantan ante la Superintendencia de Industria y Comercio por ejercer funciones jurisdiccionales como ya se anotó.

Lo anterior significa que entratándose de demandas por la facultad jurisdiccional en donde se ejerce las acciones antes mencionadas sólo son legitimados aquellos a que hace referencia el artículo 21 de la Ley 256 - dentro de éstos se encuentra ENERGIA CONFIABLE S.A. E.S.P. - como se dijo anteriormente y por ningún motivo se encuentra el ASIC legitimado para iniciar estas acciones puesto que jamás es un partícipe del mercado cuyos intereses económicos pueden resultar perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal en que incurrió ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.

Más aún, una interpretación literal, lógica, sistemática y finalística del artículo 2º de la Resolución CREG 047, es la de que contempló la facultad para el ASIC de informar o denunciar hechos a la autoridad competente, esto es, a la Superintendencia de Servicios Públicos - como lo reconoce Superintendencia de Industria y Comercio -pero en ningún momento la norma está autorizando legitimación activa para ejercer acciones por vía jurisdiccional porque esto sería una interpretación contraria a la ley. Sobre todo, es manifiestamente opuesto a la ley decir que la facultad que tiene el ASIC de denunciar unos hechos contrarios a la competencia ante Superintendencia de Servicios Públicos sustituya la legitimación activa que tiene **ENERGIA CONFIABLE S.A. E.S.P.** para ejercer acciones como la solicitud de medida cautelar por competencia desleal en la vía jurisdiccional ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como derechos procesales establecidos por norma legal.

Tercera: Traslada su competencia de determinar una posible contrariedad a las sanas costumbres mercantiles ya los usos honestos en materia industrial y comercial a la Superintendencia de Servicios Públicos.

⁵Corte Constitucional. Sentencia C-649 de 20 de junio de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Por la cual se resuelve un recurso

Tal como quedó claramente expuesto en el acápite precedente, con fundamento en la sentencia C-649 de 2001, se solicitó que se tramitara la demanda por el proceso jurisdiccional ante la Superintendencia de Industria y Comercio porque ésta es la competente. Entonces, no entendemos cómo su Despacho decide, contrariando la ley, trasladar una competencia suya a la Superintendencia de Servicios Públicos, entidad que no tiene competencia para tramitar procesos jurisdiccionales sino procesos administrativos en relación con los servicios públicos domiciliarios. En ese orden de ideas, no es la Superintendencia de Servicios Públicos la que debe determinar una posible contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial, cuando se solicite que el trámite se adelante por el proceso jurisdiccional sino la Superintendencia de Industria y Comercio.

Además, es viable iniciar simultáneamente los dos acciones, esto es, la administrativa y la jurisdiccional porque no son excluyentes. Esto significa que la Superintendencia de Servicios Públicos, según la Ley 689 de 2001, como autoridad competente en el ejercicio de su función administrativa, puede determinar una posible contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y/o a los usos honestos en materia industrial y comercial en caso de actos de desviación de la clientela y, así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad competente en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, puede determinar una posible contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y/o a los usos honestos en materia industrial y comercial en caso de actos de desviación de la clientela.

De ahí que no se compadece la siguiente afirmación: "es preciso entonces que la autoridad correspondiente (**La SIC se refiere aquí a la Superintendencia de Servicios Públicos**) haya declarado que las objeciones presentadas por esta empresa eran efectivamente injustas, infundadas y resultaban contrarias a la ley". Esta frase de su Despacho, amén de ser arbitraria, es una franca denegación de justicia y una omisión de la responsabilidad como servidores públicos, porque, como se ha dicho reiteradamente Ustedes, tienen competencia por vía jurisdiccional para determinar los elementos de la conducta.

En general, sobre los aspectos de la realización o la inminencia de la conducta podemos concluir que los hechos sí se presentaron y se siguen presentado, pues es tal su comprobación que **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.** no ha podido facturar el consumo de energía a sus clientes que firmaron un contrato de servicios públicos para cambiar de comercializador; es más: **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** continúa con su conducta poniendo a mi apoderada en una situación de extrema indefensión. Por esta razón, solicitamos muy respetuosamente a su Despacho que se estudie más a fondo los hechos y las pruebas que demuestran sumariamente la realización o la inminencia de la conducta y reconsidere el argumento que se debe esperar a que otra autoridad determine la realización o inminencia de los elementos de la conducta para decretar la medida cautelar.

2. AUSENCIA DE UN PELIGRO GRAVE E INMINENTE

Su Despacho considera que las conductas descritas en la demanda no revisten peligro grave e inminente y se sustenta en la siguiente frase: "Si bien puede llegar a constituir un acto restrictivo de la competencia una vez realizada la correspondiente investigación por la autoridad competente y/o comprometer eventualmente la responsabilidad patrimonial de la denunciada no es una conducta que esté generando o que pueda generar una situación de peligro grave e inminente que deba ser prevenida".

Realmente, esta afirmación de la Superintendencia es desconcertante cuando la realidad es que **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.** ha sufrido y está sufriendo un grave daño que está afectando su participación y su crecimiento en el mercado porque no puede facturarle a sus nuevos clientes conquistados con esfuerzo por tener mejores prestaciones que su competidor **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**

Dicha situación se une al hecho que la decisión de negar las medidas cautelares le dá más argumentos a su competidor para continuar con sus actos de desviación de clientela; así las cosas **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.** seguirá condenada a atender solamente a los actuales usuarios que suman alrededor de cinco mil cuando debería haber incrementado su clientela - más de 472 nuevos clientes -, lo que no ha sido posible.

Por la cual se resuelve un recurso

Lo que es más, si la situación sigue como va, con toda seguridad la empresa **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.** tendrá que salir del mercado porque, primero, su competidor no va a dejar que crezca en clientes y, segundo, porque la Superintendencia, al negarse a decretar la medida cautelar, también está ayudando a que ello suceda, lo cual constituiría una eventual responsabilidad civil extracontractual al no tomar una decisión a tiempo ante una situación mayor.

Cabe agregar que, por remisión expresa del artículo 31 de la ley 256, la prueba sumaria sólo procede en los eventos de peligro grave e inminente. Pues bien, las pruebas aportadas como las declaraciones juramentadas de los usuarios y los documentos no fueron valoradas sumariamente, lo cual hubiera servido para contestar la siguiente pregunta ¿Acaso no es grave que, cumpliéndose los requisitos de cambio de comercializador, los usuarios no estén beneficiándose de las prestaciones del nuevo comercializador porque el anterior ha impuesto trabas contrarias a la ley?, o ¿acaso no hay peligro grave o inminente que **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** continúe con su conducta para lograr su reiterado propósito de eliminar o sacar del mercado a **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.**?, o ¿acaso parece poco grave que **ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.** no haya podido recuperar sus inversiones porque no puede facturar a esos usuarios donde se dirigieron dichas inversiones?, o ¿acaso no es grave e inminente que **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** siga realizando la conducta de desviación de la clientela cuando previamente ha sido sancionada en la resolución No 41461 del 11 de diciembre de 2001 por la misma conducta por otros hechos?

Con todo lo dicho hasta ahora, consideramos muy respetuosamente que con las pruebas sumarias aportadas al proceso se establezca que sí se dan los elementos de la conducta de desviación de clientela; en caso contrario, estaríamos sujetos a que **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** cancele o levante la objeción; situación que no se va a presentar porque lo conveniente para ella es mantener tales objeciones que como se pudo comprobar en este escrito solamente las partes o una autoridad como la Superintendencia de Industria y Comercio puede resolver como se deduce del contenido de los oficios del ASIC - cuyas copias simples se aportan a este escrito - de 19 y 24 de octubre y 01 de noviembre del año en curso."

SEGUNDO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, la decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso.

1. Conflicto normativo entre la resolución CREG 047 DE 2000 y la ley 256 de 1996.

El artículo 69 de la ley 142 de 1994, define la organización y naturaleza de las comisiones de regulación de la siguiente manera: "*Creáanse como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial y adscritas al respectivo ministerio, las siguientes comisiones de regulación:*

69.1. *Comisión de Regulación de Energía y Gas combustible adscrita al Ministerio de Minas y Energía...*" (subrayado fuera de texto)

Igualmente, la misma norma, se describen las funciones generales de la comisión de regulación de energía, de la siguiente manera: "*Art. 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 prestan 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 ...*"

Es entonces la CREG, una entidad autónoma e independiente dentro del ámbito público, cuyo objeto se encuentra plasmado de una manera concreta en una Ley de la República.⁶ Siendo la encargada de la regulación

⁶ Artículo 20 Ley 143 de 1994: En relación con el sector energético la función de la regulación por parte del Estado tendrá como objetivo básico asegurar una adecuada prestación del servicio mediante el aprovechamiento eficiente de los diferentes recursos energéticos, en beneficio del usuario en términos de calidad oportunidad y costo del servicio. Para el logro de este objetivo, promoverá la competencia, creará y preservará las condiciones que la hagan posible.

Por la cual se resuelve un recurso

y organización del sistema eléctrico colombiano las actuaciones de ella emanadas se consideran actuaciones administrativas, pertenecientes a procedimientos creados específicamente para el tratamiento de asuntos relacionados con la prestación del servicio de energía y gas para los diferentes usuarios del país.

En virtud de la especialidad que la reviste, tiene la facultad de manifestarse a través de resoluciones cuyo contenido debe ser cumplido por los diversos participantes del mercado sobre el cual regula, como lo son los generadores, distribuidores, transmisores y comercializadores de energía.

La resolución CREG 047 DE 2000 hace parte de la normatividad por medio de la cual se fijan de manera concreta y especial, procedimientos y mecanismos propios para la solución de diferencias entre los participantes del mercado de energía.

Por su parte la ley de competencia desleal tiene por objeto "garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado"⁷. El artículo 31 de la mencionada ley, plasma los requisitos necesarios para la declaratoria de unas medidas cautelares de 24 horas, entendiéndose que con la ausencia de uno de ellos deberá negarse la solicitud propuesta en ese sentido.

Según el recurrente, esta Entidad hizo prevalecer la resolución CREG 047 de 2000, que es una norma inferior frente a la ley 256 de 1996, que es una norma superior.

Considera este Despacho que no existe contradicción o conflicto entre la ley 256 de 1996 y la resolución CREG 047 de 2000. Se trata de dos normas cuyo contenido y objetivos son diferentes, por lo que su aplicación dentro del caso concreto no es excluyente.

La resolución CREG 047 de 2000 prevé un procedimiento especial para el trámite de objeciones interpuestas, por terceros interesados, a la inscripción de fronteras comerciales. Se trata de un derecho que no puede ser coartado o limitado dependiendo de las circunstancias o sujetos que lo ejercen.

El artículo 31 de la ley 256 contiene las medidas cautelares de 24 horas dentro del proceso de competencia desleal exigiendo como el primero de sus requisitos **la inminencia o realización de un acto de competencia desleal**.⁸

Para esta Superintendencia, el requisito en mención no se encuentra demostrado para efecto de la cautela que se solicita, toda vez que la sola presentación de objeciones, no implica la realización de actos desleales, siendo inminente la necesidad de conocer la respuesta técnica por parte de la entidad competente, a partir de la cual pueda establecerse si los fundamentos de Electricaribe S.A. E.S.P son o no ciertos. Esto no obsta, para que si dentro de una eventual investigación en uso de nuestras facultades jurisdiccionales se encuentra una conducta contraria a la buena fe comercial por Electricaribe S.A. E.S.P., esta sea declarada responsable por violar la ley 256 de 1996. Es innecesaria la discusión planteada sobre la jerarquía de las normas, cuando como en el presente caso, existe una interacción de procedimientos y no un conflicto de normas excluyentes.

A pesar de que con la falta de este requisito no se podría imponer una medida cautelar, este Despacho considera conveniente pronunciarse acerca de los restantes argumentos del recurrente.

2. Legitimación activa para el ejercicio de la acción de competencia.

La ley 256 establece que *"cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley."*⁹

⁷ Artículo 1o de la ley 256 de 1996.

⁸ Artículo 31 de la ley 256 de 1996.

⁹ Artículo 21 de la ley 256 de 1996.

Por la cual se resuelve un recurso

Por su parte la resolución CREG 047, afirma que *"Las objeciones de terceros interesados que no prosperen serán remitidas por la ASIC a la autoridad competente, informando el tiempo que por causa de dichas objeciones se impidió el registro, con el fin que se adelanten las respectivas investigaciones a fin de determinar si existen o existieron prácticas contrarias a la libre competencia."*

Según el recurrente, la Superintendencia de Industria y Comercio traslada la legitimación activa para ejercer acciones por actos de competencia desleal por vía jurisdiccional al Administrador del sistema de intercambios comerciales, lo cual no es acertado.

Para esta Entidad, no existe confusión alguna sobre la legitimación activa de las acciones de competencia desleal. Es claro que cualquier participante del mercado que se considere afectado por la presunta infracción a las normas sobre el tema, puede presentar una denuncia al respecto para que esta Superintendencia, en desarrollo de las facultades jurisdiccionales otorgadas por la ley 446 de 1998 y ratificadas por la Sentencia C-649 de la Corte Constitucional, proceda a iniciar la investigación respectiva y eventualmente evalúe la procedencia de una medida cautelar solicitada.

En el caso concreto, la sociedad denunciante solicitó la práctica de unas medidas cautelares de 24 horas que, como ya se manifestó, requieren unas condiciones especiales las cuales fueron analizadas en la resolución recurrida, con lo cual se demuestra el reconocimiento que se le hace a Energía Confiable como legitimado para ejercer las respectivas acciones, independientemente de la decisión tomada por esta Entidad sobre las cautelas. Más aún, se ha dado trámite a la apertura de la respectiva investigación con base en las facultades jurisdiccionales que este Despacho ostenta.

Por su parte, el procedimiento previsto en la resolución GREG 047 DE 2000, donde se faculta al administrador del sistema de intercambios comerciales para que remita a la autoridad competente las objeciones que no prosperen, es ajeno a la acción por competencia desleal interpuesta por un determinado participante del mercado eléctrico, en virtud de su legitimación activa.

3. Conocimiento de la acción por competencia desleal.

En virtud de lo establecido en los artículos 143 y 144 de la ley 446 de 1998 y conforme a lo dispuesto en la sentencia C-649 de 2001 de la Corte Constitucional, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para conocer de los asuntos de competencia desleal, ya sea en desarrollo de facultades de orden jurisdiccional, o bien, ejerciendo sus típicas facultades administrativas.

Respecto a estas últimas el numeral 1o del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, dispone que a esta Entidad le corresponde entre otros: *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, las siguientes finalidades: 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 de los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios."*

El denunciante manifiesta que la Superintendencia de Industria y Comercio trasladó su competencia de determinar una posible contrariedad a las sanas costumbres mercantiles y a los usos honestos en materia industrial y comercial a la Superintendencia de Servicios Públicos.

Para este Despacho, las facultades para el conocimiento e investigación de conductas presuntamente constitutivas de actos contrarios a la libre y leal competencia se encuentra en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio. Es por eso que, dentro del caso en concreto, no ha existido una manifestación por parte de esta entidad en el sentido de declararse impedida o no competente para la iniciación de la respectiva actuación.

Por la cual se resuelve un recurso

Es claro que la respuesta de las autoridades del sector de los servicios públicos, respecto a las objeciones presentadas por Electricaribe S.A.E.P.S. es fundamental para la aceptación o no por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de la práctica de las cautelas solicitadas. Sin embargo, la acción por competencia desleal no se supedita a dicha manifestación puesto que se trata de una actuación independiente y autónoma ajena al conocimiento de otras autoridades.

Se reitera entonces que la resolución recurrida trata única y exclusivamente sobre la solicitud presentada por Energía Confiable S.A. E.S.P. para la práctica de unas medidas cautelares, no se está discutiendo ni la competencia, ni las facultades que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio.

4. Requisitos para la práctica de las medidas cautelares de 24 horas.

Como ya lo expresó este despacho en el texto del acto recurrido, para que puedan decretarse unas medidas cautelares sin oír la parte contraria, de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 de la ley 256, se hace necesaria la presencia de tres requisitos a mención:

- 1) Realización o inminencia comprobada del acto de competencia desleal.
- 2) Debe existir un peligro inminente.
- 3) El peligro debe revestirse de gravedad.

Según el recurrente, al negar esta Superintendencia la práctica de las medidas cautelares solicitadas, se estarían desconociendo las pruebas sumarias aportadas que demuestran el carácter inminente y grave de las conductas ejercidas por Electricaribe S.A., dándole vía libre para que continúe efectuándolas en perjuicio de la sociedad denunciante.

Considera conveniente esta Entidad, aclararle al denunciante que el acto recurrido trata únicamente del estudio sobre la viabilidad o no de decretar unas medidas cautelares sin oír la parte contraria. Se realizó el análisis sobre cada uno de los requisitos antes mencionados y partiendo de las pruebas aportadas no se pudo concluir que existiera un peligro inminente y grave que permitiera ordenar la práctica de las cautelas solicitadas.

Lo anterior debido a que el ejercicio del derecho a objetar por parte de la sociedad denunciada, por sí solo, no constituye o representa un peligro grave, más aún, cuando se actúa dentro de un procedimiento legal preestablecido. Debe demostrarse dentro del expediente que dichas objeciones se realizaron de manera infundada y con el único ánimo de dilatar el cambio de comercializador.

No obstante, cabe resaltar que las anteriores consideraciones se refieren exclusivamente a la práctica de las medidas cautelares solicitadas, por lo que la investigación surgida a raíz de la denuncia presentada continúa, quedando abierta la posibilidad dentro de la misma, para que la sociedad denunciante aporte los elementos probatorios que demuestren la existencia de actos contrarios a la libre y leal competencia.

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia,

RESUELVE

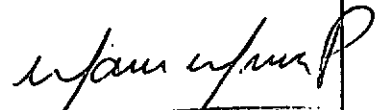
ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar en todas sus partes la decisión proferida mediante acto administrativo número 01107898 - 00010000 del 18 de diciembre de 2001.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de Energía Confiable S.A. E.S.P., y al representante legal de electrificadora del Caribe S.A. E.S.P, o a quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede ningún recurso y que la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **30 ENE. 2002**

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificación:

Doctora

ULDY DELGADO ECHEVERRÍA

Apoderada

ENERGÍA CONFIABLE S.A. E.S.P.

Dirección Carrera 3 A No. 63-04/14

Ciudad

Comunicación

Señor

LUIS EDUARDO FIGUEROA LOPEZ

Representante legal

ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A E.S.P.

Dirección Calle 74 No. 56-25

Barranquilla

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 13 FEB 2002

Notifíquese personalmente al Dr. Ulady Soto de

El contenido de la anterior providencia quien 833 517 41

Impuesto firma _____

No procede recurso.

✓ Ulady Soto de